

**Università di Napoli Federico II**  
**Dipartimento di diritto dell'economia**

**Tesi di dottorato in diritto dell'economia, indirizzo diritto privato - Ciclo XXII, dal titolo:**

**LEGALITÀ COSTITUZIONALE E RAZIONALITÀ LEGISLATIVA.**  
**CLASS ACTION E FEDERALISMO FISCALE.**

**DOTT. LUCIA PAURA**

**Tutor: Prof. Francesco Lucarelli**

PROFILO D'AUTORE  
(di Francesco Lucarelli)

#### SCENARIO

IL GIUDIZIO DI VALORE SOVRAORDINATO SULLA LEGALITÀ COSTITUZIONALE DELLE LEGGI, DALLA RAGIONEVOLEZZA ALLA RAZIONALITÀ. LA SOLIDARIETÀ QUALE GIUDIZIO DI VALORE SUL CONSENSO SOCIALE E SULLA EFFETTIVITÀ DELLE LEGGI. IL RUOLO DELLO STATO: SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE E VERTICALE NEL PARADIGMA DELLA COMPATIBILITÀ GIURIDICA. ANTINOMIE E VIRTUALITÀ LEGISLATIVE: LE *SLIDING DOORS*. LA CRISI ECONOMICA: UNA TEMPESTA PERFETTA E LA PARABOLA DEL RICCO "DEBITORE".

### **PARTE I: IL PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ NELLA CODIFICAZIONE DEL '42**

CAPITOLO PRIMO: LA RELAZIONE AL CODICE DEL '42 E LE METODOLOGIE AUTORITARIE: L'ADEGUAMENTO DEL PRINCIPIO SOLIDARISTICO ALLE "ESIGENZE DEL REGIME".

CAPITOLO SECONDO: IL CODICE DEL '42: IL CONTRATTO E LA SOLIDARIETÀ DI RISULTATO QUALE SCELTA DI DIRITTO POSITIVO. LA COMUNE INTENZIONE E L'AFFIDAMENTO. IL REGOLAMENTO DI INTERESSI E LA PATOLOGIA NEGOZIALE. NUOVI PROFILI DELLA SOLIDARIETÀ E ASPETTI PROCESSUALI DELLA PARZIARIETÀ. LA SOLIDARIETÀ NELLE OBBLIGAZIONI CONDOMINIALI.

1. Il paradigma generale della solidarietà nella codificazione del '42. Certezza delle situazioni giuridiche, tutela e conservazione della circolazione dei beni: l'autonomia privata ed il contratto quali centro di vita degli affari - 2. La comunione di interessi nelle obbligazioni solidali. La solidarietà di risultato quale scelta di diritto

positivo - 3. La parziarietà nelle obbligazioni solidali passive e attive e le ricadute processuali. Gli orientamenti della giurisprudenza - 4. Qualificazione processuale del coobbligato solidale non convenuto intervenuto nel giudizio sull'accertamento del credito - 5. La comune intenzione ed il regolamento di interessi quale centro nevralgico della tutela e connotato reciproco di autoresponsabilità e di responsabilità La solidarietà nella patologia contrattuale - 6. La solidarietà quale garanzia di risultato. Il nuovo volto della città: condominio e supercondominio. L'esternalizzazione dei servizi e la diversità dei risultati attesi dai singoli proprietari - 7. La solidarietà nelle obbligazioni condominiali. L'emersione della pluralità degli interessi e l'estensione della parziarietà - 8. Gli effetti esterni della solidarietà ne condominio alla luce della giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. Un., 8 aprile 2008, n. 9148). Il supercondominio: "la parziarietà nella parziarietà" - 9. Il frazionamento del credito e la solidarietà degli interessi nel rapporto obbligatorio quale criterio di buona fede integrativa del contratto: una lettura dell'art. 41 Cost.

## **PARTE II: I RAPPORTI ECONOMICI COSTITUZIONALI. SOLIDARIETÀ E SUSSIDIARIETÀ (ORIZZONTALE E VERTICALE).**

### **CAPITOLO PRIMO: L'ERMENEUTICA COSTITUZIONALE ED IL DUPLICE GIUDIZIO DI VALORE: LEGALITÀ ED EFFETTIVITÀ.**

1. Dalla solidarietà al sistema economico ai livelli di vita liberi e dignitosi (art. 36 Cost.) a garanzia del consenso sociale. I difficili equilibri tra solidarietà e sussidiarietà; sostenibilità economica e compatibilità giuridica alla luce delle vicende legislative. Due casi esemplari: l'esproprio e l'equo canone. - 2. Lo Stato democratico - sociale ed il "consenso" tra solidarietà e sussidiarietà. -3. La manomissione delle parole - 4. Il principio di

ragionevolezza/razionalità nei rapporti economici costituzionali – 5. La lunga notte della Costituzione – 6. Il criterio di ragionevolezza/razionalità tra sostenibilità economica e compatibilità giuridica – 7. Il ruolo della Corte costituzionale antidoto all'irrazionalità del legislatore nella recente legislazione in tema di diritti fondamentali. Contraddittorietà e irrazionalità nelle indecisioni giurisprudenziali sulla tutela della persona – 8. La ricerca del metodo costituzionale di interpretazione della legalità. Il giudizio di razionalità quale valore sovraordinato – 9. L'interpretazione dell'art. 47 Cost., l'accesso alle proprietà ed il risparmio tra solidarietà e sussidiarietà. La *middle class* quale referente privilegiata nell'accesso.

## CAPITOLO SECONDO: I MUTUI SUBPRIME E LA TEMPESTA PERFETTA. IL CATTIVO DEBITORE E L'ACCESSO ALL'ABITAZIONE

1. Riflessioni sul metodo dell'indagine. L'art. 47 Cost. e l'accesso all'abitazione – 2. Il credito e il risparmio per l'abitazione: sguardi incrociati Italia – America. La parabola del “ricco debitore” – 3. Un approccio “bifocale” alla problematica dei mutui *subprime* nella crisi attuale dell'edilizia. Le “proprietà” dell'abitazione nel sistema italiano – 4. I *mutui subprime*. Analisi economica: una sinossi. Sguardi incrociati America – Italia – 5. La crisi dei *mutui subprime*. Una crisi “preannunziata” dalla storia – 6. Due anni di interventi a favore del debitore debole – 7. Il crollo dei nuovi mutui – 8. Il decreto anti-crisi diventa legge. Il tetto al 4%: un fragile scudo – 9. Il ritorno (?) all'edilizia pubblica. Dal c.d. Piano Di Pietro al Piano casa: l'atteggiamento politico ondivago – 10. Gli emarginati e la titolarizzazione degli alloggi. Il *Legal Empowerment of the Poor* – 11. Barak Obama e il debitore “responsabile” – 12. “Piano Obama”. 13. Un commento a caldo. – 14. “Anche i poveri piangono” – 15. Il “capitalismo *cheap*” – 16. Il capitalismo *cheap*.

CAPITOLO TERZO: LA TUTELA DEI BENI NEL SISTEMA DEI RAPPORTI  
ECONOMICI-COSTITUZIONALI

1. La tutela dei beni e le amnesie del legislatore. L'art. 811 c.c. –  
2. La proprietà pubblica tra beni comuni e beni sociali – 3. Il  
progetto di riforma Rodotà: proposte di “inversione concettuale”  
nella disciplina dei beni – 4. I lavori della Commissione Rodotà ed i  
rapporti economici costituzionali – 5. La “formazione sociale” (art.  
2 Cost.) e l'effettività nella tutela degli interessi; differenza tra beni  
sociali e beni comuni – 6. L'art. 41 Cost. ed i beni sociali quale  
funzione integrativa del consenso. I rapporti economico-sociali ed  
etico-sociali – 7. Gli artt. 41 e 43 Cost.: dai beni sociali ai beni  
comuni – 8. L'art. 43 Cost., la sussidiarietà verticale e i beni riservati  
o comuni – 9. L'art. 41 Cost. e i beni sociali. La perequazione  
obiettivo del riequilibrio – 10. I beni culturali: un inedito mixage fra  
beni comuni e beni sociali (artt. 9 e 41 Cost. e art. 42 Cost.: la  
fruizione generale alla collettività) – 11. La proprietà pubblica e la  
fortezza Bastiani. Una metafora – 12. La crisi della middle class ed  
i nuovi poveri – 13. Il diritto moderno e i cinque volti del  
capitalismo – 14. La Finanza “creativa” e le questioni di non  
manifestamente infondata incostituzionalità del decreto Abruzzo.

**PARTE III: I FONDAMENTI COSTITUZIONALI DELLE AZIONI  
SERIALI. L'AZIONE PER LA TUTELA DEI BENI PUBBLICI E SOCIALI**

CAPITOLO PRIMO: LE AZIONI COLLETTIVE NELLA DOTTRINA DEGLI  
INTERESSI. PROFILI PRIVATISTICI.

1. Le *class actions* e la solidarietà. L'art. 2 Cost.: le “formazioni  
sociali” - 2. La *ratio* della *class action* tra solidarietà e sussidiarietà - 3.  
La *class action* e la funzione sociale del diritto - 4. Le azioni collettive

nella dottrina degli interessi. La disciplina introdotta con la Finanziaria 2008: profili processuali - 5. La *class action* quale ipotesi di un nuovo bilanciamento tra solidarietà e sussidiarietà - 6. La dimensione tecnica del rapporto tra solidarietà e sussidiarietà quale criterio di collegamento della pluralità di situazioni soggettive in un'unica dimensione funzionale - 7. Dalla concezione etica del principio di solidarietà alla dimensione teleologica del rapporto solidarietà e sussidiarietà - 8. La natura giuridica del bilanciamento tra solidarietà e sussidiarietà nella prospettiva costituzionale - 9. I profili pubblicistici dell'azione. La *class action* e i beni sociali - 10. Il principio di ragionevolezza/razionalità nei rapporti economici costituzionali - 11. La quiescenza dei diritti individuali nelle vicende processuali plurime - 12. La *class action* quale espressione della funzione fisiologica della solidarietà - 13. La solidarietà e l'azione seriale a difesa di diritti soggettivi. L'improcedibilità individuale e il danno collettivamente risarcibile - 14. Gli interessi soggettivamente plurimi e le formazioni sociali nella dimensione globale dell'economia. Il bilanciamento tra tutela del consumatore e difesa dell'impresa - 15. Interessi diffusi, interessi collettivi, interessi seriali: la lettura ermeneutica delle Sezioni Unite ed il "monito" al legislatore - 16. Il principio di solidarietà tra codice e Costituzione. L'azione collettiva risarcitoria e le formazioni sociali - 17. Dalle categorie alle formazioni sociali quali strumenti di effettività della tutela sociale - 18. L'azione seriale quale antidoto alla "solitudine" del singolo. Critica alla tesi della frantumazione sociale - 19. Cenni metodologici sulle *class actions* americane - 20. Il referente normativo della *Federal Rule of Civil Procedure* 23 - 21. La novella legislativa del 2005: il *Class Action Fairness Act* (CAFA) - 22. La teleologia delle *class actions* - 23. L'azione collettiva introdotta in Italia dalla Finanziaria 2008 : l'originaria previsione dei soggetti legittimati e l'esclusione del singolo - 24. La limitazione dell'ambito oggettivo di applicazione antecedente all'emendamento approvato dalla Commissione Industria del Senato - 25. La procedura dell'art. 140 bis del Codice del Consumo prima delle recenti riforme e la

marcata distinzione con le *class actions* - 26. La reazione della Confindustria all'indomani della Finanziaria 2008 - 27. Il commento della dottrina civilistica: le iniziali riserve di Guido Alpa: un "mostro giuridico"? - 28. L'Avvocatura dello Stato e la *class action* all'indomani dell'approvazione della Finanziaria 2008 - 29. Le metamorfosi: dall'azione collettiva risarcitoria alla *class action* - 30. L'evoluzione della normativa alla luce dell'emendamento approvato dalla Commissione Industria del Senato - 31. I nuovi aspetti processuali. Il c.d. giudice dell'economia - 32. La non manifestamente infondata questione di incostituzionalità del giudice dell'economia e l'inattendibilità del diritto dell'economia - 33. Lo *stop and go* del Presidente della Repubblica. - 34. Un inaspettato rinvio - 35. Sguardo incrociato con il progetto francese. Analogie nelle critiche dell'imprenditoria locale

CAPITOLO SECONDO: LA *CLASS ACTION* NEL SETTORE PUBBLICO. L'AZIONE E GLI INTERESSI A LEGITTIMAZIONE SOCIALE PER LA TUTELA DEI BENI COMUNI E SOCIALI.

1. La *class action* e la tutela dei beni sociali e comuni - 2. La privatizzazione dei servizi e l'esercizio della *class action* a tutela dei beni pubblici - 3. Il legislatore e le *sliding doors*. Profili processuali e amministrativi dell'azione collettiva nel settore pubblico - 4. *Class action* solo per il futuro?: diritti soggettivi ed "interessi a legittimazione sociale" - 5. Riflessioni sulla tutela giurisdizionale dei beni sociali. Il superamento del dualismo diritto soggettivo/interesse legittimo: il *genus* degli interessi a legittimazione sociale.

**PARTE IV: LA COSTITUZIONE ITALIANA E IL DIRITTO COMUNITARIO: UNA PROBLEMATICHE COESISTENZA. LA MANOMISSIONE DEL LINGUAGGIO E L'INCERTEZZA DEL DIRITTO.**

CAPITOLO PRIMO: L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO NELLE CARTE DEL RESTAURO.

1. Carta di Nizza. Preambolo. – 2. Progetto di Trattato costituzionale, Carta Europea dei diritti fondamentali e diritti sociali. – 3. Il Trattato di Lisbona. – 4. Il conflitto tra Parlamento europeo e Corte di giustizia. Il dumping sociale.

CAPITOLO SECONDO: DESTRUTTURAZIONE LEGISLATIVA E MANOMISSIONE DEL LINGUAGGIO. IL LEGISLATORE E L'ILLUSIONISTA.

CAPITOLO TERZO: IL FEDERALISMO FISCALE NEL LINGUAGGIO GIURIDICO. LA CRISI DEI PRINCIPI DI SOLIDARIETÀ E SUSSIDIARIETÀ..



## PROFILO D'AUTORE

“Quando il saggio indica la luna, lo sciocco guarda il dito<sup>1</sup>”

“Il sonno della ragione (o della razionalità) genera mostri” è l’efficace metafora tratta da Goya con cui l’Autore accompagna il titolo. Si tratta anzitutto di una meditata critica e di un pungolo all’inerzia del giurista a fronte di una “normalità smarrita”, di una tempesta perfetta che sconvolge le fondamenta dell’ordinamento, dell’etica e della convivenza civile.

Dallo Scenario l’Autore: “Lo sguardo corre immediatamente allo scenario della Carta costituzionale che ha subito in questi ultimi anni un terremoto mediatico teso a lederne le fondamenta, a scomporre e decomporre la sua architettura sofisticata ma pur sempre attuale. A questo ha concorso l’irruenza di un legislatore pronto a violare i principi fondamentali ed i rapporti costituzionali nella esasperata volontà di trovare nell’utilità individuale, nella economicità e utilitarismo delle scelte, rappresentative soprattutto di formazioni sociali privilegiate, risposte da lui ritenute moderne e consone al consolidamento del vagheggiato nuovo capitalismo; anche se ciò comportasse la violazione dei diritti fondamentali della persona; e attorno alla volontà di un principe una corte di giureconsulti pronti ad interpretarne la volontà fino a dichiarare obsoleto il messaggio costituzionale”.

---

<sup>1</sup> Antico proverbio orientale dice che quando il saggio indica la luna, lo sciocco guarda il dito. Ma luna e dito appartengono a due dimensioni diverse, a due mondi differenti: è questo il cuore dell’insegnamento del buddhismo zen del maestro Ejo Takata che nei tardi anni Cinquanta ha fondato in Messico una scuola frequentata, tra gli altri, dal grande psicoanalista Erich Fromm. Citazione tratta da A. JODOROWSKY, *Il Dito e la Luna*. Racconti zen, haiku, koan., Milano 2006.

Sempre secondo l'Autore il "ritorno" allo studio della Carta fondamentale rivela aspetti contraddittori, incertezze, perdite di memoria, ed anche, di recente, il rifiuto aprioristico di valori che si reputano "consumati", in quanto frutto di ideologie marxiste. La nuova sensibilità per la dimensione costituzionale dei diritti, caldeggiata dal presidente Napolitano non è solo una fiammata. Di tutto questo è bene che si cominci a discutere seriamente e fino in fondo. Quello che sconcerta e che scuote l'animo del giurista è che in questo periodo il Governo promuove leggi (dal testamento biologico, al piano sulla casa, al decreto sicurezza, alla legge scudo per le alte cariche dello Stato), che rappresentano un "ammasso" di incostituzionalità, di regressioni normative, di eversioni sociali, di piccoli deliri burocratici e linguistici, di procedure che produrranno nuove contraddizioni e nuove angosce: non vi sono astuzie parlamentari che possano redimere quei testi. Una vigile attenzione per i diritti fondamentali dovrebbe segnare la discussione politica, il primo passo dovrebbe essere appunto il ritorno pieno nella dimensione costituzionale; insieme ad esso il legislatore dovrebbe interrogarsi sui limiti della legge, sulla sua legalità e conformità ai principi costituzionali.

Scrivendo l'Autore "Per "raccontare" oggi la Costituzione dobbiamo rigenerarne i principi, i giudizi di valore, dobbiamo restituire loro logica, senso, consistenza, colore, suono; e per far questo dobbiamo "manometterli", farli "a pezzi" destrutturarli, per poi rimontarli privi dei vincoli delle convenzioni verbali e dei "non significati": solo allora potremo trarne le conclusioni".

L'obiettivo fondante della Costituzione è il consenso sociale, cioè rendere "razionale", la convivenza di soggetti anche socialmente differenti, garantendo la non conflittualità attraverso un parametro, che rappresenta la sottile linea d'ombra al dissenso. Parametro economicamente variabile costituito dalla irrinunziabilità dei "livelli di vita liberi e dignitosi"<sup>2</sup>, minimo comune denominatore

---

<sup>2</sup> Cfr. Art. 36 Cost.

di perequazione senza il quale si genererebbe il conflitto e le dissoluzione del sociale”

Anzitutto va sgombrato il campo da alcuni equivoci. Il ricorso all'analisi economica nella formazione delle leggi è indispensabile per comprendere la globalizzazione dei fenomeni, l'extraterritorialità della normazione e la loro coerenza a coinvolgere vaste comunità, categorie impersonali (il consumatore) il che da luogo ad un'accelerazione dei processi legislativi che impongono soluzioni sempre più mirate per garantirne l'effettività socio-economica.

Ciò tuttavia non deve indurre a costruire un'autonomia concettuale del diritto dell'economia che elevi l'analisi economica a categoria giuridica. Ne mancano i presupposti e le finalità: dalle fonti, agli elementi strutturali e funzionali. Di qui a cascata: provenienza, certezza, attendibilità, astrattezza, generalità, valore storico e tecnico del linguaggio, garanzie procedurali e democraticità di formazione.

L'analisi critica si estende al linguaggio utilizzato sempre più frequentemente dal legislatore, atecnico, fantasioso, creativo, elusivo, evasivo (sul piano delle coperture economiche), a volte traslato dal settore statistico-matematico. Strategia attraverso cui la politica sovente illude la domanda sociale, ricorrendo inoltre a tecniche eversive del contenuto che rendono le leggi (a volte già prive di regolamenti attuativi) virtuali per contenuti antitetici all'oggetto, producendo quelle che l'autore definisce *sliding doors*, cioè porte scorrevoli che si aprono e si chiudono al passaggio.

Su queste premesse l'Autore opera la *reductio ad unum* del sistema, recuperando anzitutto quanto già scritto sulle nuove frontiere tra il diritto privato e diritto pubblico. La ricostruzione dell'unitarietà del sistema costituzionale evita la parcellizzazione dei valori frutto anzitutto dell'autoreferenzialità dei settori di ricerca (laburistico, amministrativo, pubblico, costituzionale, privatistico).

Due sono i giudizi di valore su cui si fonda l'originale costruzione e la nuova ermeneutica che ne emerge, delineando

l'equilibrio tra l'ordine costituzionale e le leggi. La prima fase interpretativa è sovraordinata e riguarda il giudizio di valore di legittimità sull'operato del legislatore, cioè il rapporto tra "legalità costituzionale e razionalità legislativa". Il riferimento al giudizio di razionalità ne garantirebbe l'oggettività del comando rispetto alla pluralità soggettiva della "ragionevolezza", criterio quest'ultimo debole cui fanno ricorso settori della dottrina e della giurisprudenza nel non riuscito tentativo di un bilanciamento sociale.

L'altro giudizio di valore riguarda l'interpretazione dell'effettività della legge che secondo l'autore va filtrata alla luce della solidarietà intersoggettiva (sostenibilità economica e compatibilità giuridica) integrata dal ruolo pubblico-privato della sussidiarietà orizzontale e verticale .

Le nuove tecniche interpretative consentono di filtrare costantemente i principi costituzionali, uguaglianza formale - uguaglianza sostanziale; tutela della persona-garanzie della personalità; solidarietà e sussidiarietà, calibrandone la loro funzione in ragione della diversa incidenza che vengono ad assumere sui vari rapporti costituzionali, civili, etico-sociali, economico-patrimoniali, politici, in un *mixage* continuo tra Costituzione, leggi e realtà sociale.

Nell'originale e coraggiosa strategia di ridefinire le regole ed i contenuti dell'interpretazione legislativa attraverso l'individuazione della "razionalità", quale criterio guida della "legalità costituzionale", l'Autore sembra volersi sdoppiare dall'*altro*, il coautore di "Diritto privato e diritto pubblico tra solidarietà e sussidiarietà. Il vento non sa leggere" quasi a liberarsi dalla "doppia personalità" per ritrovare esclusivamente la propria.

Ma, a ben guardare, lo sdoppiamento è forse più apparente che reale, perché la traccia seguita nel definire il procedimento interpretativo riproduce a scale istituzionalmente diverse (la legalità costituzionale) la distinzione tra validità ed efficacia (quest'ultima per l'Autore quale sostenibilità economica e compatibilità giuridica) di "Lesione di interessi ed annullamento del contratto" del coautore.

Nella seconda parte l'Autore discende nello specifico e proietta l'analisi dei valori costituzionali e dell'effettività legislativa all'interno di due *exemplary cases* di legislazione-informazione: *class action* e federalismo fiscale in cui la verifica dei principi di solidarietà intersoggettiva e sussidiarietà, rispettivamente orizzontale e verticale, trovano ragioni di approfondimento in vista del consenso sociale che deve sempre ispirare il legislatore. L'Autore esprime perplessità per il linguaggio utilizzato, atecnico, fantasioso, creativo, evasivo sul piano finanziario; per le tecniche empiriche che ne costituiscono il supporto e che rischiano di vanificare la corretta interpretazione sociale dei principi di solidarietà e sussidiarietà; preoccupazione particolare per l'azione seriale per i rimedi ed i mutamenti delle linee guida della legge che subisce una trasformazione (metamorfosi) dalla iniziale azione collettiva risarcitoria all'italiana alla tradizionale *class action* americana; vanificando infine se stessa nella irretroattività. Per il federalismo le questioni di non manifestamente infondata incostituzionalità si esprimono nella scelta legislativa di una tecnica normativa parcellizzata, che sembra procedere per *steps*, non solo per gli aspetti procedurali di formazione che ne rinviando l'operatività a successivi regolamenti attuativi, ma per i veri e propri enunciati prescrittivi che ricordano le caratteristiche di una norma in bianco suscettibile di una incontrollata formazione contenutistica progressiva.

La tesi dell'Autore sull'interpretazione del carattere sistemico della legislazione (legittimità costituzionale-razionalità legislativa; sostenibilità economica-compatibilità giuridica) trova attuali motivazioni nel diffondersi della legislazione speciale intesa a dare soluzione a tempeste economiche, disastri ambientali; provvedimenti emanati anche sull'onda emotiva di vicende sociali: leggi a contenuto non omogeneo (c.d. leggi serbatoio), la cui "specialità" le sottrae sovente al vaglio parlamentare (la "fiducia").

L'esigenza di tecniche interpretative che garantiscono anzitutto la legittimità costituzionale dei provvedimenti trova riscontro

lapidario nel recente messaggio (14 luglio 2009) con cui il Capo dello Stato approvando la legge sulla sicurezza ne ha stigmatizzato “irrazionalità palesi”, incoerenza con il sistema, tali da rendere incompatibile la sostenibilità giuridica.

La tecnica interpretativa proposta dall’Autore – che ha quale obiettivo il giudizio di valore sovraordinato di legittimità costituzionale e razionalità legislativa – consente di rompere l’incomunicabilità tra legislazione comunitaria (e Corte di giustizia) e Costituzione italiana. Incomunicabilità che trova le sue ragioni nel preteso dominio del diritto dell’economia e delle “leggi” del mercato e della libera concorrenza. Mercato di cui è protagonista l’impresa schermato dalla tutela del consumatore e appena attenuato dal criterio di ragionevolezza, invenzione giurisprudenziale (ma nulla è più ragionevole del profitto?).

Ma chi è il consumatore? Il consumatore è la creatura del mercato, figura anodina, in sé impalpabile, privo di propria persona giuridica, è un “derivato” che vive in funzione dell’impresa. La sua tutela (diritti a legittimazione sociale) si anima solo nel contatto e nella sua relazione con il “prodotto commerciale o finanziario”. La Corte di Lisbona aveva già inteso rompere l’accerchiamento ponendo a fondamento della futura Costituzione europea “la persona” e i suoi inderogabili diritti, soprattutto il lavoro: art. 3 Cost “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”

Ad un giudizio finale, il tessuto del lavoro è compatto, originale e persuasivo nella sua coerenza, in quanto l’Autore dimostra di aver maturato la capacità critica già assunta nel precedente “Diritto

privato e diritto pubblico tra solidarietà e sussidiarietà. Il vento non sa leggere”, di cui era coautrice per evolvere la ricerca ad un’analisi dove le fondamentali critiche si elevano ad una compiuta e nuova costruzione di spiccata originalità scientifica.

Da ultimo un’annotazione più per me (ed il lettore) che per l’Autore sul proverbio cinese che anticipa il “Profilo”: “Quando il saggio indica la luna, lo sciocco guarda il dito”. La monografia della Paura, con la sua freschezza, l’intatta spontaneità, la coerenza istituzionale, forse utopica, consente, al di là delle attuali macerie della legislazione, di continuare ad indicare la luna, al di fuori del coro di chi si limita a guardare il dito che la indica.

Francesco Lucarelli

## SCENARIO

IL GIUDIZIO DI VALORE SOVRAORDINATO SULLA LEGALITÀ COSTITUZIONALE DELLE LEGGI, DALLA RAGIONEVOLEZZA ALLA RAZIONALITÀ. LA SOLIDARIETÀ QUALE GIUDIZIO DI VALORE SUL CONSENSO SOCIALE E SULLA EFFETTIVITÀ DELLE LEGGI. IL RUOLO DELLO STATO: SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE E VERTICALE NEL PARADIGMA DELLA COMPATIBILITÀ GIURIDICA. ANTINOMIE E VIRTUALITÀ LEGISLATIVE: LE *SLIDING DOORS*. LA CRISI ECONOMICA: UNA TEMPESTA PERFETTA E LA PARABOLA DEL RICCO “DEBITORE”.



“Il temperamento di un ricercatore richiede due qualità essenziali: deve essere ottimista nel tentativo, ma critico nel lavoro”.

SIGMUND FREUD

“Legalità costituzionale e razionalità legislativa. Class action e federalismo fiscale”. Perché questo titolo? E cosa vuol rappresentare questa monografia rispetto al lavoro precedente<sup>3</sup>?

In realtà la situazione e il panorama legislativo è venuto in questo breve periodo progressivamente precipitando e deteriorandosi: un insieme di leggi che modificano sia rapporti etico-sociali sia economici senza che vi fosse un filo conduttore che ne consentisse un parametro di compatibilità al sistema. Le disorganicità sono accentuate dal ricorso oramai costante alla legislazione speciale la cui compatibilità anche al sistema codicistico non segue sempre percorsi adeguati.

La stessa Corte costituzionale si trova sommersa da ricorsi per conflitti istituzionali ovvero afferenti la sfera di diritti privati, sempre più in difficoltà a costruire quell'argine indispensabile che è la sua funzione primaria.

Oggi il giurista non può più limitarsi di principio a difendere e valorizzare i principi costituzionali perché essi siano di costante monito ad una valutazione di leggi promulgate o per promuovere interventi legislativi adeguati. Bisogna ricostruire un sistema destrutturato analizzandone l'antecedente logico di formazione (che potrà contenere riferimenti sociali ed economici), cioè fornire un'interpretazione costante che funga da valore primario alla tutelabilità della legge. Occorre risalire ad un momento unitario di riflessione che, prescindendo dal carattere prescrittivo di ogni singola legge, verifichi anzitutto la compatibilità normativa col sistema unitariamente considerato, sfuggendo a impulsi critici

---

<sup>3</sup> Cfr. F. LUCARELLI – L. PAURA, *Diritto privato e diritto pubblico tra solidarietà e sussidiarietà. Il vento non sa leggere*, Napoli 2008.

emotivi, riportando il giudizio di valore, che diviene così giudizio preliminare, *ante factum*, alla verifica tra legalità costituzionale e razionalità legislativa; giudizio di valore superordinato che precede il controllo di ragionevolezza (forse più consono alla successiva interpretazione del contenuto della legge), *escamotage* operato dalla Corte costituzionale e dalla dottrina, ma per sua natura intriso di soggettività.

Da un giudizio di valore sul contenuto della legge ad un giudizio sopraordinato funzionale alla ricerca di un metodo di interpretazione adeguatrice all'intero sistema; giudizio che costituisce una cartina di tornasole capace di verificare al contempo la costituzionalità del provvedimento legislativo e la sua procedibilità all'interno del sistema.

Dicevamo giudizio di valore sovraordinato che definiamo di razionalità legislativa e di compatibilità costituzionale.

L'esigenza di una interpretazione "sovraordinata" di fronte alla tempesta perfetta del panorama legislativo ha indotto la Corte costituzionale<sup>4</sup> e le Corti giudicanti e la parte più impegnata dei

---

<sup>4</sup> All'uopo la nostra ricerca non può prescindere dalle considerazioni di menti eccellenti che si ergono a guardiani della Costituzione e ne preservano costantemente lo spirito e la concreta operatività dei principi: «La complessità e l'unitarietà dell'ordinamento, così come si è sinora descritto, implica un sostanziale mutamento del tradizionale concetto di "legalità". E' noto che l'espressione "principio di legalità" indica il fondamento giuridico dei vari poteri, e che l'espressione "principio di legittimità" indica la conformità alla legge degli atti. Nel nostro caso, con il concetto di legalità, si vuol intendere sia l'uno che l'altro aspetto. Si parla, infatti, di "legalità costituzionale" in evidente corrispondenza ai compiti che l'art. 134 della Costituzione affida alla Corte costituzionale; risolvere i conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e quelli tra lo Stato e le Regioni e tra Regioni, nonché giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni.

In questa prospettiva diventa illuminante l'osservazione del Falzea, secondo la quale, "la legge, che prima dell'avvento della Costituzione era il giudice supremo della validità giuridica, è divenuta essa stessa oggetto di una superiore valutazione di legittimità. La legge continua a giudicare della validità degli atti pubblici o privati che si compiono nel contesto della vita giuridica della

giuristi a percorrere quella strada del ricorso al criterio di ragionevolezza che, seppure offre occasioni alla risoluzione di alcune situazioni legislative, mantiene la sua debolezza intrinsecamente soggettiva; debolezza relativa alla circostanza che la ragionevolezza può esprimere al più un fascio di utilità plurime determinanti per alcune formazioni sociali, indifferenti per altre, influenzando così anche le decisioni dei giudici; la razionalità invece è un criterio superordinato dotato di un potenziale oggettivo

---

comunità, e, con essi, della realizzazione, nell'ambito del diritto, dei relativi interessi e valori; ma il modello legale di validità deve a sua volta confrontarsi col modello costituzionale di legittimità e con gli interessi e valori che vi stanno a fondamento”.

Il principio di “legalità costituzionale” ha il suo fondamento nell’art. 101 della Costituzione, secondo il quale “i giudici sono sottoposti soltanto alla legge”. Sennonché le leggi non costituiscono più, da sole, un sistema autonomo, poiché esse devono essere conformi a Costituzione e se c’è dubbio in ordine alla loro legittimità costituzionale, il giudice ha il dovere di sollevare la questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte costituzionale.

Ed a questo proposito deve sottolinearsi, a nostro avviso, non solo il ruolo fondamentale della Corte costituzionale, ma anche l’importanza dell’attività dei giudici comuni, ai quali una ormai risalente giurisprudenza costituzionale ha affidato il compito, di trovare una soluzione interpretativa conforme a Costituzione, prima di sollevare la questione di legittimità. La Corte costituzionale infatti non si limita ad emettere sentenze dichiarative della fondatezza o dell’infondatezza della questione, ma emette altresì sentenze interpretative di rigetto, o decisioni di inammissibilità per non aver il giudice remittente trovato la soluzione corretta, o per non aver sperimentato altre vie di interpretazione.

Ne consegue che non è più configurabile un principio di legalità senza aggettivi, in quanto esso è funzionalmente collegato ai valori dell’ordinamento e va valutato secondo un giudizio di congruità e di adeguatezza alle scelte di fondo, anche istituzionali, del sistema giuridico al quale appartiene. Si deve dunque parlare di “legalità costituzionale”.

Inoltre, la Costituzione attribuisce al principio di legalità un significato innovativo rispetto a quello tradizionale: le situazioni soggettive assumono nuovi contenuti e, soprattutto, il principio di eguaglianza di fronte alla legge si trasforma in quello di eguaglianza sostanziale. Deve sottolinearsi, infatti, che l’art. 3, comma 2, della Costituzione, nel sancire che i cittadini che si trovano in una situazione di fatto diversa devono essere trattati in maniera diseguale, pone in

continuamente desumibile e tale, ritornando al discorso delle leggi, da collocare il dettame legislativo, di cui si valuta la ragionevolezza delle decisioni nel momento politico assunto, esimendosi dal potenziale scontro con la più ampia dimensione costituzionale.

La ragionevolezza può essere anche un debole argine per un potere politico che lo usi facendosene schermo (la richiesta di una fiducia su di un decreto in pericolo di decadenza). La razionalità invece è un criterio superordinato che non subisce influenze del tempo o della politica richiamandosi all'unitarietà del sistema.

---

evidenza i limiti dell'interpretare ed applicare la regola "la legge è eguale per tutti". Se la legge fosse eguale per tutti, là dove v'è disuguaglianza, la legge sarebbe ingiusta per coloro che si trovano in situazioni di evidente inferiorità. In verità, i codici sono ispirati al principio della giustizia retributiva basata sullo scambio; mentre distinta è la giustizia distributiva presente nella Costituzione, la quale, diretta espressione della solidarietà civile, si propone, con la partecipazione e con il contributo del cittadino alla vita economica, politica e sociale del paese, l'attuazione di equi rapporti sociali, l'effettivo rispetto della persona, della sua dignità (Perlingieri, op. cit., p. 237 ss.).

Per dirla in una sola parola, la legalità costituzionale è lo strumento attraverso il quale penetrano nell'ordinamento giuridico il valore della dignità umana e gli altri valori ad essa connessi, rendendosi così possibile l'attuazione di una reale "giustizia", che, per essere collegata alla situazione concreta in cui viviamo, ben può essere definita "giustizia sociale". In ciò è da ravvisare, a nostro avviso, il valore ultimo di questa opera del Perlingieri, che, con la sua impostazione storica ed assiologica, riesce ad orientare la cultura giuridica, che sempre più va appiattendosi sui formalismi positivistici e sul nichilismo giuridico, verso i valori superiori dello spirito, riaprendo, nel contempo, l'antico dibattito sul rapporto tra legge e giustizia. E ciò egli fa tenendo sempre presente il principio costituzionale del progresso, non solo materiale, ma anche e soprattutto spirituale, della società.

Ed è opportuno, secondo noi, sottolineare che questo riferirsi alla spiritualità delle leggi, al loro contenuto deontologico, ai fini della loro interpretazione, è stato comunque sempre presente nel campo della speculazione giuridica, non solo dei giuspositivisti, ma anche dei giusnaturalisti.

Già Montesquieu (Lo spirito delle leggi, Ginevra 1748), in un mondo in cui le leggi erano specifiche e puntuali sino al punto di non lasciar alcuno spazio all'interprete, invocava la necessità di un loro coordinamento fondato sullo "spirito di un popolo", e cioè sul fatto che "in tutte le società, che non sono che una unità dello spirito, si forma un carattere comune", il quale è lui solo che domina e governa.

Sotto questo profilo la razionalità diventa il criterio-guida, l'interpretazione fondante per la antecedente valutazione della compatibilità della legge ai valori primari.

In realtà il nostro sguardo corre allo scenario della Carta costituzionale che ha subito in questi ultimi anni un terremoto anche mediatico teso a lederne le fondamenta, a scomporre e decomporre la sua architettura sofisticata ma pur sempre moderna. A questo ha concorso la violenza di un legislatore pronto a sradicare i principi fondamentali ed i rapporti costituzionali nella

---

Ancor più illuminante appare, a questo proposito, il pensiero di Emilio Betti (Interpretazione della legge e degli atti giuridici, Milano 1971, p. 315 ss.), il quale passa dalle leggi ai "principi generali", ed afferma, che le "ovvie e troppo facili obiezioni del positivismo giuridico disconoscono nell'ordine giuridico il carattere di "totalità spirituale", e non tengono conto di un dato di fatto non meno fondamentale ed incontrovertibile, che da tale carattere deriva; ed è che, siccome le singole norme non rispecchiano se non in parte i principi generali (il che esclude una meccanica equivalenza e convertibilità dei due termini), così i principi generali, in quanto criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, sono caratterizzati da un'eccedenza di contenuto deontologico, o assiologico che dir si voglia, in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema .... In essi principi opera una virtualità ed una forza di espansione, ma non già di indole logica o dogmatica, bensì di indole valutativa e assiologica: forza non già di verità e di ragione teoretica, ma di valori etici e delle loro valutazioni, che gradatamente maturano e si affermano in base a situazioni storiche contingenti" (E. Betti, o. c., p. 316 s.).

Al termine, e direi a conclusione di questo percorso di idee dedicato al tema dell'interpretazione, si pone il pensiero di Pietro Perlingieri, il quale individua i "principi generali" nei "principi fondamentali della Costituzione", riassumibili nel valore del rispetto della persona umana, principio supremo, come si è accennato, che fonda la legittimità dell'ordinamento e la sovranità dello Stato (Perlingieri, o.c., p.434). Di qui, come si diceva all'inizio, il nuovo concetto di "legalità costituzionale", che si pone su un piano più alto e più comprensivo (riguardando non solo gli atti, ma anche le leggi) del tradizionale principio di legalità, e che si sostanzia nell'affermazione della conformità dell'intero ordinamento ai valori dello spirito rinvenibili nei principi costituzionali», P. MADDALENA, *Interpretazione sistematica ed assiologica del diritto*, in *Giustizia civile*, fasc. 2, 2009, p.65 ss. (in commento all'opera di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli 2006, p.433 ss.).

esasperata volontà di trovare nelle utilità individuali, nella economicità e utilitarismo delle scelte, rappresentative soprattutto di formazioni sociali privilegiate, risposte da lui ritenute “moderne” e consone al consolidamento del vagheggiato nuovo capitalismo; anche se ciò comportasse la violazione dei diritti fondamentali della persona. Attorno ad un principe una corte di giureconsulti sono pronti ad interpretarne la volontà fino a dichiarare obsoleto il messaggio costituzionale. Certo che la nostra Carta rappresenta un edificio multiforme, invero non privo di complesse strategie che non ne attenuano l’elettiva funzione sociale; sembrerebbero emergere antinomie, uguaglianza formale - uguaglianza sostanziale, persona - personalità, solidarietà - sussidiarietà, che sembrano estendersi ai rapporti etico-sociali (famiglia – società naturale), proiettarsi all’interno dei rapporti costituzionali privilegianti il lavoro rispetto all’attività economica, postulanti dualismi tra impresa privata e impresa pubblica, proprietà pubblica e privata.

Eppure il nostro sforzo e di quei giuristi che ancora credono al valore fondante della Carta costituzionale è stato ricostruirne la logica complessiva: “l’obiettivo”, il consenso sociale, gli “strumenti”, la perequazione del disequilibrio di formazioni sociali svantaggiate, la creazione di un minimo comun denominatore di vivibilità, l’accesso ai simboli del capitalismo (impresa-proprietà). Il “collante” deve essere costituito, come vedremo, dal nuovo metodo interpretativo che ricerchi la meritevolezza di tutela ricostruendo tra strumenti e obiettivi il rispetto dei principi fondamentali di “legalità” e “razionalità”.

Nella nostra Costituzione, che segna nel 1948 l’affermazione dello Stato sociale dal trentennio autoritario, sin dai principi generali operano ponderazioni di valori, alcuni all’apparenza inconciliabili, uguaglianza formale e uguaglianza sostanziale, solidarietà e sussidiarietà, tutela della persona e garanzia della personalità, privilegio del lavoro e regime privatistico, proprietà pubblica e proprietà privata: tutti principi che si collocano

all'interno di un quadro generale di perequazione economica e consenso sociale.

Per lunghi anni, soprattutto in virtù del valore solo programmatico attribuito alla Carta ed anche alla incomunicabilità di aree culturali nel mondo del diritto (costituzionalisti, giusprivatisti, penalisti), la Costituzione ha avuto un ruolo marginale nelle pur profonde trasformazioni legislative del Paese, soprattutto negli anni settanta.

Attualmente il “ritorno” allo studio della Carta fondamentale rivela aspetti contraddittori, incertezze, perdite di memoria, ed anche, di recente, il rifiuto aprioristico di valori che si reputano “consumati”, in quanto ritenuti frutto di ideologie marxiste. La nuova sensibilità per la dimensione costituzionale dei diritti, caldeggiata dal presidente Napolitano non è solo una fiammata. Di tutto questo è bene che si cominci a discutere seriamente e fino in fondo. Quello che sconcerta e che scuote l'animo del giurista è che in questo periodo il Governo promuove leggi (dal testamento biologico, al decreto sicurezza e immigrazione, alla legge scudo per le alte cariche dello Stato, al progettato piano casa, alla recente legge “bavaglio” sull'editoria), che rappresentano un ammasso di incostituzionalità, di regressioni normative, di eversioni sociali, di piccoli deliri burocratici e linguistici, di procedure che produrranno nuove contraddizioni e nuove angosce: non vi sono astuzie parlamentari che possano redimere quei testi. Sono interrogativi provocati da impervicacia politica e incultura, dal fatto che la dimensione costituzionale non appartiene a questo governo e alla maggioranza, che vogliono cogliere ogni occasione per cercare di liberarsene. Proprio per questo si cerca di costruire “*una Costituzione abusiva*”. Una vigile attenzione per i diritti fondamentali dovrebbe segnare la discussione politica, il primo passo dovrebbe essere appunto il ritorno pieno nella dimensione costituzionale; insieme ad esso il legislatore dovrebbe interrogarsi sui limiti della legge, sulla sua legalità e conformità ai principi costituzionali.

La destrutturazione, a volte consapevole, operata dai giuristi e soprattutto dai costituzionalisti, che avrebbero dovuto essere i “guardiani” della Costituzione ed i garanti dell’attuazione, è stato attribuire alla Costituzione delle scelte assolute, dei contenuti assiologici anelastici: ne hanno così “manomesso” la logica complessiva, le sue strategie, alterandone e violandone i significati, senza poi ricostruire il sistema. Essi si sono affidati a scelte ideologiche, il liberalismo per l’uguaglianza formale, il socialismo per l’uguaglianza sostanziale, perdendo di vista il nocciolo del sistema democratico-sociale che rifugge da scelte assorbenti, predilige il “compromesso”, alla ricerca della effettività e della causalità delle vicende. È al mondo reale, all’economia e al sociale che affida le sue scelte operative.

Per “raccontare” oggi la Costituzione dobbiamo rigenerarne i principi, i giudizi di valore, dobbiamo restituire loro logica, senso, consistenza, colore, suono; e per far questo dobbiamo “manometterli”, farli “a pezzi” destrutturarli, per poi rimontarli privi dei vincoli delle convenzioni verbali e dei “non significati”: solo allora potremo trarne le conclusioni.

Obiettivo fondante della Costituzione è il consenso sociale, cioè rendere “razionale”, la convivenza di soggetti anche socialmente differenti, garantendo la non conflittualità attraverso un parametro, che rappresenta la sottile linea d’ombra<sup>5</sup> al dissenso. Parametro economicamente variabile costituito dalla irrinunziabilità dei “livelli di vita liberi e dignitosi”<sup>6</sup>, minimo comune denominatore di perequazione senza il quale si genererebbe il conflitto e le dissoluzione del sociale. Dicevamo parametro variabile sul cui equilibrio opera la *curva di indifferenza*<sup>7</sup> cioè la situazione sociale di chi vistosi garantito un livello medio di soddisfazione diviene *indifferente* (o si presume lo divenga) all’altrui maggiore beneficio.

---

<sup>5</sup> L’espressione è di F. LUCARELLI, *L’operatore giuridico. La forma dell’acqua*, Modena 2007.

<sup>6</sup> Cfr. art. 36 Cost.

<sup>7</sup> Cfr. F. LUCARELLI, *L’operatore giuridico*, cit., p. 80-81.



Curva soggetta a graduazioni di benessere che tende ad innalzarsi in virtù di situazioni economiche favorevoli, a stabilizzarsi, o deprimersi in caso di crisi.

Secondo il dettato costituzionale la solidarietà diviene il perno del consenso e della non conflittualità sociale. Le sue direttive postulano un comportamento reciproco a cui i soggetti si debbono adeguare nella fase in cui le loro sfere di interessi vengono ad interferire.

“Sostenibilità economica” e “compatibilità giuridica” costituiscono la destrutturazione del secondo elemento dei rapporti economici-costituzionali (art. 2 Cost), la “solidarietà economica”; ne introducono specifici giudizi di valore, togliendo ogni margine di genericità; integrano e sostituiscono la buona fede negoziale e danno luogo ad un procedimento di perequazione sulla cui adeguatezza vigila un giudizio di ragionevolezza/razionalità (che rappresenta la sintesi di un giudizio di meritevolezza dei comportamenti). La “sostenibilità economica” è il dovere di non approfittare di una eventuale situazione di supremazia patrimoniale, psicologica, sociale,... per trarre vantaggio dalla soggezione di altro soggetto, anche sacrificando proprie frazioni di utilità in relazione ad un equilibrio sostanziale dei valori economici; la *compatibilità giuridica*, l'altro aspetto del giudizio di solidarietà, interviene quale limite al sacrificio individuale che in ogni caso non deve coinvolgere i valori della situazione sostanziale su cui si regge la struttura giuridica del rapporto.

Su questi due regolamenti di comportamento vigila lo Stato con il criterio di “ragionevolezza/razionalità” che contiene in sé quel richiamo al sociale della solidarietà (art. 2 Cost.) e che valuta l'equilibrio interno del rapporto e la risultante del bilanciamento tra “sostenibilità e compatibilità”, sfuggendo da pericolosi condizionamenti meramente etici.

Il giudizio di “ragionevolezza/razionalità” costituisce l'*imprimatur* dell'ordinamento sulla socialità del comportamento delle parti; criterio che, una volta assunto “esaurisce” il giudizio di

solidarietà, propiziando, se necessario, un intervento orizzontale dello Stato a sussidio di eventuali situazioni nelle quali l'obiettivo prioritario dei livelli di vita liberi e dignitosi non possa essere colmato dalla solidarietà. È sempre in fondo la democrazia sociale che richiama a comportamenti attuativi del consenso, pur mantenendo fondamentalmente intatta l'architettura giuridica dei rapporti nella effettività della dimensione economico-sociale.

Il fondamento costituzionale della "razionalità" va ricercato oltre che nell'art. 2 Cost, nel dettato dell' art. 41, terzo comma, che detta "controlli...perché l'attività privata...possa essere coordinata a fini sociali"; altra è la funzione della sussidiarietà orizzontale nello stesso disposto per quanto riguarda "l'iniziativa pubblica" laddove "la legge determina i programmi perché l'economia pubblica sia indirizzata a fini sociali". E nella sussidiarietà orizzontale che vive l'*humus* dei beni sociali (servizi, istituti, etc. ) che integrano la solidarietà individuale.

Il principio di ragionevolezza/razionalità, tradizionalmente espresso quale limite alla discrezionalità legislativa la cui ontologica evanescenza ne ha consentito interpretazioni di stampo prettamente casistico, viene qui a colorarsi di contenuti economico - sociali, non più aprioristicamente indefiniti, ma referenzialmente ricondotti allo stesso articolato costituzionale (artt. 2, 3 e 41 Cost.).

Se è vero che alla diffusa concezione perequativa che ne ha voluto ricondurre il significato a corollario del principio di uguaglianza va riconosciuta l'attenzione al principio, "l'effettività" che in questa sede si ascrive allo stesso in termini di bilanciamento tra sostenibilità economica e compatibilità giuridica ne amplia gli argini a regola di positivizzazione normativa, di operatività applicativa nell'interpretazione delle norme, di *ratio* giustificativa di istituti e servizi ad anima sociale, su cui vigila il richiamo a imparzialità, buon andamento ed efficienza della P.A. (art. 97 Cost.)

L'interprete in generale, la dottrina e le corti giudicanti, con riflessioni particolari per l'attività giurisdizionale di adeguamento

costituzionale operata dalla Consulta, ricorrono sempre più spesso al criterio di ragionevolezza per sopperire alle carenze e incongruità legislative; tuttavia il nostro timore è che esso si esaurisca soltanto in una decisione di buon senso, di buonismo del giudicante verso “formazioni sociali” a volte deboli, indifese, prive di scudo giuridico; il nostro sforzo è per la sua mutazione in principio di razionalità, ovvero precedente all'accorta ponderazione tra solidarietà economica e sociale, tra sussidiarietà orizzontale e verticale (artt. 2 e 3 Cost.) nell'ottica della perequazione.

La differenza ontologica ed applicativa a nostro avviso si rivela determinante nelle scelte legislative a monte ed ermeneutiche a valle, essendo ragionevolezza e razionalità criteri alternativi di attribuzione assiologica alle situazioni giuridiche, implicanti il bilanciamento dei diritti fondamentali costituzionali.

A titolo esemplificativo la ricerca evidenzia ambiti, *prima facie* differenti, di verificabilità del superamento metodologico della razionalità sulla ragionevolezza.

È il caso delle obbligazioni solidali, in cui parrebbe “ragionevole” l'operatività del principio di solidarietà per il creditore che voglia unitariamente soddisfare il suo credito, ma ciò non deve obliterare il dato della sua qualificazione di scelta di diritto positivo non afferente al *genus* della natura dell'obbligazione, di cui è invece espressione la parziarietà degli interessi sottesi alla vicenda obbligatoria. La ragionevolezza delle soluzioni legislative reca in sé un limite soggettivo interno che solo il principio sovraordinato di razionalità riesce a superare, nell'equilibrare le due posizioni creditoria e debitoria. Non a caso l'analisi delle vicende obbligatorie nelle dinamiche del principio di solidarietà si spinge oltre i tradizionali referenti costituzionali degli artt. 2 e 3 Cost. per offrire risposte orientate alla più ampia tutela dei diritti fondamentali della persona. Il riferimento è alla lettura dell'art. 41 Cost. *a latere debitoris* attraverso cui la ricerca evidenzia i limiti di una visione degli interessi tutelati circoscritta alla singola vicenda obbligatoria e la necessità del perseguimento di una “solidarietà di

risultato” che postuli risposte “razionali” sul piano legislativo e compatibili col sistema costituzionale unitariamente considerato.

Lo stesso discorso dell'intreccio tra principio di ragionevolezza e principio di razionalità viene condotto nell'ambito dell'analisi della recentissima pronuncia di incostituzionalità concernente il limite dei tre embrioni previsto dalla normativa in tema di procreazione medicalmente assistita (40/2003). Ebbene anche in questo caso abbiamo ritenuto che è al criterio di ragionevolezza (probabilmente la difficoltà di crioconservazione di un numero maggiore di ovuli), o meglio alla irrazionalità di certe soluzioni legislative che si è rivolta la censura della Corte costituzionale. È invece nel bilanciamento tra legalità costituzionale e razionalità legislativa che va ricercata la ratio giustificatrice della tutela soprattutto in situazioni in cui siano in gioco diritti fondamentali della persona, quali il diritto alla salute per la madre, minacciato dall'accanimento terapeutico, nonché il diritto alla vita e alla salute del concepito. Il criterio di ragionevolezza è segnato da ondivaghi atteggiamenti giurisprudenziali di cui la Consulta si fa depositaria e portatrice per ovviare o sopperire all'inerzia o, in questo caso all'irrazionalità, di scelte legislative rivelatesi non funzionali agli obiettivi perseguiti. Come verrà evidenziato nel lavoro, si è ceduto alla pressione sociale etichettando la legge 40/2003, ma nello stesso tempo si sono posti una serie di ostacoli irrazionali al perseguimento dell'obiettivo e dettati da una finalità morale soggettiva fuorviante rispetto al concepimento, celando con ciò una preclusione etica volta a privilegiare il concepimento naturale.

Anche nell'ambito delle misure attuative del c.d. Piano casa da parte delle Regioni è evidente la discrasia tra principio di ragionevolezza e di razionalità. In attesa di un decreto legge del governo con le semplificazioni per l'edilizia abitativa e le norme anti-sisma, che non riesce a trovare un punto di incontro con le richieste dei governatori, il piano casa *bis* comincia a prendere forma per iniziativa autonoma delle stesse. In base all'accordo raggiunto lo scorso aprile, queste si impegnavano ad approvare

provvedimenti per permettere ampliamenti delle cubature fino al venti per cento o fino al trentacinque per cento nel caso di demolizione e ricostruzione delle abitazioni mono e bifamiliari entro 90 giorni. A questo punto nascono profonde discrasie soprattutto nella determinazione dei limiti relativi non solo alla dimensione dell'ampliamento, ma alla gestione ed alla politica del territorio includenti tematiche costituzionali. Vi sono Regioni che si stanno orientando per una determinazione rigida dei limiti per tutelare centri storici e paesaggio e Regioni che addirittura stanno allargando il tetto degli interventi. Il Presidente del consiglio aveva annunciato che il decreto vedrà luce entro il 15 giugno. Le leggi regionali, dunque, prive di base normativa in una legge nazionale, nonché di riferimenti al codice dell'ambiente e al codice dei beni culturali, ma fondate sul solo accordo politico raggiunto, presentano profili di specificità, prevalentemente territoriale, riducendo enormemente il ruolo della normativa nazionale che dovrebbe così "ratificare" ex post quanto già approvato e predisposto.

A titolo esemplificativo la Toscana (l.24) si è orientata per la predisposizione di misure ampliative delle abitazioni del venti o trentacinque per cento su semplice presentazione della d.i.a.; il Veneto (ddl 398) incentiva escrescenze fino al quaranta per cento inclusa la "ricomposizione planivolumetrica con le forme architettoniche diverse dalle sagome degli edifici originari"; la Sicilia (ddl 386), onde "dar seguito alle prime indicazioni del governo nazionale" si limita a recepire il testo del Veneto. La Lombardia autorizza escrescenze volumetriche fino al 40% in caso di "riqualificazione"; l'Umbria (ddl 1553) innesta il proprio "piano casa" su un "governo del territorio" che ignora i contenuti prescrittivi del piano paesaggistico previsto dal codice.

Le non manifestamente infondate questioni di incostituzionalità che coinvolgono numerose leggi varate recentemente dal Governo di destra trovano empirica conferma nel d.l. di "semplificazione normativa" (linguaggio estremamente creativo) che concerne il c.d.

Piano casa. In esso si sarebbe potuto verificare un *test* sul comportamento solidale delle Regioni indispensabile per il federalismo fiscale.

Il risultato è stato l'opposto e, come assume Settis:

« L'accordo-beffa del 1 aprile (data ben scelta non c'è che dire) prevedeva un'aprecisa sequenza: il Governo si impegnavano a emanare entro 10 giorni un decreto legge di "semplificazioni normative", di fatto un maxi-condono edilizio preventivo; le Regioni avevano poi tre mesi di tempo per emanare le proprie norme. Cinque mesi sono passati senza che il Governo abbia emanato il suo decreto; intanto, come ha scritto Rosa Serrano, "sono 12 le leggi già pronte, altre 8 allo studio", ma alla scadenza di tre mesi di cui all'accordo del 1 aprile solo due Regioni (Toscana e Umbria) e la provincia autonoma di Bolzano avevano emanato la propria legge. È dunque evidente che l'accordo del 1 aprile è saltato. Una cosa hanno in comune le norme regionali, varate o da varare: sono illegittime, perché prevedono deroghe al Codice dei Beni culturali e ad altre leggi dello Stato, dunque vanno oltre la competenza delle Regioni».

Anche qui sono evidenti i limiti del principio di ragionevolezza che orienta le scelte legislative regionali in assenza di una normativa nazionale razionalmente e costituzionalmente compatibile con i principi fondamentali in tema di rapporti Stato- Regioni, ma è soprattutto in materia di ambiente e centri storici che vengono in evidenza le alterazioni costituzionali. Ci si riferisce alla esclusione degli interventi per i centri storici, parchi naturali, paesaggi naturalistici (art. 9 Cost.), previsti soltanto dalla Toscana, Umbria ed Emilia Romagna e "dimenticate" dalle altre Regioni. Ogni criterio adottato potrà avere una ragionevolezza in sé sollecitata da pressioni socio-economiche, ma è la razionalità a venir meno del tutto quale criterio-guida che solo potrà verificare il confronto in ultima analisi tra Stato e competenze regionali (artt. 117 Cost, ss.).

Ancora più evidente l'irrazionalità legislativa delle recentissime innovazioni al decreto legge sulle intercettazioni (c.d. legge

bavaglio), rispetto alle quali sono manifesti anche i profili di irragionevolezza per violazioni a diritti costituzionali fondamentali, quali il diritto di cronaca, ma più ampiamente il diritto di libera manifestazione del pensiero e di informazione.

La strategia del Governo è fondata sulla sanzione economica inflitta all'editore che, per ogni "omesso controllo", potrà ammontare (come previsto nell'ultimo testo) da 64.500 a 465mila euro. Costerà dunque milioni di euro all'anno la violazione della "consegna del silenzio", cifre ragguardevoli e, in molti casi, insostenibili per il settore in discussione. la linea del conflitto. La linea del conflitto, prima dei recenti emendamenti era esterna e impegnava la redazione, l'autorità giudiziaria, i lettori. Ora diviene interna e coinvolge, vedendole a confronto, le redazioni e le proprietà editoriali. L'editore ha così un suo interesse autonomo ad impegnarsi a che il giornale non pubblichi determinate cronache, portando così le proprietà a intervenire direttamente nei contenuti del lavoro redazionale, sollecitandole ad occuparsi della materia informativa vera e propria, attraverso il sindacato degli atti dei giornalisti. Il governo, nel progetto inviato al Parlamento, non si limita a predisporre un semplice controllo da parte dell'editore, ma ne richiede addirittura una condotta commissiva consistente nell'adottare "misure idonee a favorire lo svolgimento dell'attività giornalistica nel rispetto della legge e a scoprire ed a eliminare tempestivamente situazioni di rischio". È evidente che solo attraverso un controllo continuativo e molto interno dell'attività giornalistica è possibile "scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio". Di fatto, l'editore viene invitato a entrare nel lavoro giornalistico e a esprimere un sindacato a propria tutela.

È chiaro che il livello del controllo di legalità costituzionale del provvedimento non si ferma alla irrazionalità delle scelte legislative, ma coinvolge anche una valutazione di irragionevolezza: la violazione della "consegna del silenzio" coinvolge infatti non solo l'attività giornalistica e la sua libertà di espressione entro i limiti costituzionali di cui all'art. 21 Cost., ma incide sul più ampio diritto

all'informazione, attraverso forme di coazione delle coscienze che inquinano, fino anche a plasmare, la formazione della personalità, obiettivo fondamentale di uno Stato fondato sulle garanzie sostanziali della democrazia sociale. Le violazioni, d'altra parte, si pongono in disarmonia con gli stessi principi comunitari contenuti nella Carta di Nizza, che all'art. 11, rubricato *Libertà di espressione e d'informazione*, sancisce il diritto alla libertà di espressione di ogni individuo. "Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati".

Le riflessioni esposte evidenziano un senso incompiuto nella pur approfondita analisi formulata in *Diritto privato e diritto pubblico tra solidarietà e sussidiarietà*<sup>8</sup>.

Ivi lo scenario costituzionale era completo: precisata la forma dello Stato, la democrazia sociale, il suo obiettivo del consenso sociale, lo strumento si era trovato nel riequilibrio perequativo di situazioni economiche differenti attraverso il bilanciamento tra l'uguaglianza formale e quella sostanziale, tra solidarietà interindividuale e sussidiarietà pubblica. Uno scenario che si sviluppa coerentemente nella successiva disciplina dei rapporti siano essi patrimoniali siano etico-sociali.

La sensazione di incompletezza nasceva dalla mancanza di un metodo interpretativo che consentisse di confrontare la realtà legislativa in continua turbinosa modifica ("una volta abbandonato" il sistema codicistico) con la *legalità costituzionale*<sup>9</sup> per offrirci un giudizio di valore che si sostanziasse nella "meritevolezza" di tutela.

---

<sup>8</sup> Cfr. F. LUCARELLI – L. PAURA, *Diritto privato e diritto pubblico tra solidarietà e sussidiarietà. Il vento non sa leggere*, Napoli 2008.

<sup>9</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., *passim*.



In verità già nel capitolo terzo<sup>10</sup> di fronte al frustrante mancato apporto della dottrina e della giurisprudenza avevamo provocatoriamente scelto, mancando un metodo di confronto fra legalità costituzionale e legislativa, di incorporare i principi fondamentali e le regole comportamentali, dettate dalla Costituzione, all'interno del codice; questo pur rappresentando un corretto approccio problematico, non risolveva il quesito di fondo sulla scelta ermeneutica di rispondenza della legislazione, soprattutto quella speciale, alla legalità costituzionale<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. F. LUCARELLI – L. PAURA, *Diritto privato e diritto pubblico*, cit., p. 117 e ss.

<sup>11</sup> “Nella prospettiva della descritta teoria dell’interpretazione, si impone, per il civilista “una rilettura del codice civile e delle leggi speciali alla luce della Costituzione repubblicana” (Perlingieri, o. c., p. 535 ss.). Infatti, la costituzionalizzazione di tutti i settori delle discipline giuridiche ha collocato al centro dei sistemi giuridici contemporanei la Costituzione, dalla quale non è più possibile prescindere nella valutazione del significato e della portata dei vari rami del diritto.

E che anche i rapporti interprivati siano soggetti, in forma diretta (in assenza di norme ordinarie) o indiretta (in presenza di norme ordinarie conformi a Costituzione), alle norme ed ai principi della Costituzione è ora un dato pressoché universalmente accolto. Si può dunque tranquillamente affermare che la norma costituzionale, anche da sola (quando manchino norme ordinarie che disciplinino la fattispecie), può essere la fonte della disciplina dei rapporti giuridici di diritto privato. Anzi, la norma costituzionale è la ragione primaria e giustificatrice (anche se non l’unica, ove si individui una normativa ordinaria applicabile al caso) della rilevanza giuridica di tali rapporti, costituendo parte integrante della normativa nella quale essi, sotto il profilo funzionale, si sostanziano. Quindi non sempre e soltanto regola ermeneutica, ma anche norma di comportamento, idonea ad incidere sul contenuto delle relazioni tra situazioni soggettive, funzionalizzandole ai nuovi valori.

L’unitarietà dell’ordinamento, ottenuta attraverso il riferimento ai principi costituzionali, pone sullo stesso piano, a nostro avviso, i vari settori del diritto, e fa sì che le diverse materie giuridiche, anche se notevolmente differenziate, non possono prescindere dai valori supremi della Costituzione, riassunti nel rispetto della persona umana e dei suoi diritti fondamentali.

E questo vale, non solo per la disciplina dei rapporti, ma anche e soprattutto per l’interpretazione delle norme giuridiche, la quale non può non essere, in ogni caso, sistematica ed assiologica.”, P. MADDALENA, *Interpretazione sistematica ed assiologica del diritto*, cit., p.65 ss. (in commento all’opera di P. PERLINGIERI, *Il diritto*

Il ricorso al criterio di ragionevolezza da parte della giurisprudenza costituzionale e della giurisprudenza di legittimità, nonché di isolate posizioni nella dottrina, erano voci calmanti nel deserto, mancando uno strumento di interpretazione che fungesse come giudizio di valore superordinato, *ante-factum* che operasse a nostro avviso come la scoperta heideggeriana della precomprensione<sup>12</sup>.

La funzione euristica della precomprensione nell'attività giuridica in generale, rileva nel nostro caso come la prima fra tutte le condizioni ermeneutiche<sup>13</sup>.

A nostro avviso il giurista deve accedere al significato dei contenuti normativi elaborando il proprio orizzonte interpretativo attraverso l'assunzione di valori costituzionali che il modello positivistico della sussunzione potrebbe escludere siccome pertinenti alla competenza esclusiva del legislatore e non suscettibili di contro-analisi scientifica.

Così come la precomprensione per l'interprete non è un atto psicoanalitico della soggettività (chè anzi la sua produttività ermeneutica è tanto meglio garantita quanto più l'interprete rompe il "cerchio delle proprie private presupposizioni") ma si determina in base a un "senso comune" rappresentato da giudizi e concetti da cui egli "è in larga misura influenzato" perché filtrati dalla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene, dal deposito di nozioni teoriche, di orientamenti sistematici, di forme linguistiche tecnicizzate, di massime di applicazione accumulate dalla riflessione dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale precedenti; allo stesso modo trasponendo il discorso sul piano costituzionale dei principi assiologici che dovrebbero animare

---

civile nella legalità costituzionale, cit.)

<sup>12</sup> Cfr L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano 1996, *passim*.

<sup>13</sup> Per un approfondimento si cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano 1993, *passim*.

l'attività giuridica nelle sue diverse articolazioni, il giurista deve radicare il metodo interpretativo o costruttivo (specie nel campo dei procedimenti legislativi) lasciandosi guidare dalla coscienza riflessiva dell'influsso esercitato dall'armonia costituzionale del sistema unitariamente considerato; influsso valutativo esterno al mero atto legislativo, dunque, che si pone su un piano diverso da quello gnoseologico, aprendo un pre-giudizio, una pre-cognizione sul contenuto dei testi normativi e sulla "penna" del legislatore, in anticipo e a scapito dei risultati dell'esegesi; bisogna allora fare attenzione ad evitare la dequalificazione della razionalità in ragionevolezza, che opera spingendo l'interpretazione verso esiti segnati dall'arbitrio soggettivo e perciò incompatibili con la pretesa di oggettività del giudizio di valutazione del valore unitario della Carta costituzionale. La razionalità opera dall'esterno, non può non influenzare nel suo giudizio sovraordinato l'attività dell'interprete, sia esso giudice o giurista; è un dato non sopprimibile a cui assurge la struttura anticipatoria della comprensione, è un atteggiamento conforme a regole di legalità costituzionale. In questa veste l'interpretazione diviene precostituzione del bilanciamento tra sostenibilità economica e compatibilità giuridica, che a sua volta costituirà oggetto di valutazione del contenuto della legge. Su di esso opererà la valutazione dell'interprete e la decisione del giudice della esistenza o meno di una non manifesta incostituzionalità. Il giudizio definitivo, se del caso, spetterà alla Corte costituzionale. In questa ottica il principio di razionalità, nella sua operatività a più livelli, legislativi, giurisprudenziali e più ampiamente ermeneutici, può divenire strumento deflattivo del sindacato di costituzionalità delle leggi.

Esistono così due gradi di interpretazione legislativa a cui deve sottoporsi il giureconsulto, sia esso giudice o giurista: un primo giudizio di valore, superordinato, che garantisca la legalità costituzionale e la razionalità legislativa; un secondo livello, di tradizione pandettistica, che valuti il contenuto delle leggi, verificandone la sostenibilità economica e la compatibilità giuridica.

La razionalità legislativa costituzionalmente legittimata assume così i contorni di una nuova impostazione metodologica che subordina i contenuti normativi all'osservanza dell'armonico tessuto costituzionale.

Ritorniamo alla meditazione sui principi costituzionali. Non costituiscono un catalogo ma una dimensione assiologia unitaria.

Solidarietà e sussidiarietà (orizzontale e verticale)  
nei rapporti economici costituzionali (artt. 35 ss. Cost)

Una sinossi:

Art. 36 Cost. – *solidarietà* - “retribuzione proporzionata a quantità e qualità del lavoro svolto”;

*sussidiarietà orizzontale e verticale* – “in ogni caso sufficiente a garantire livelli di vita liberi e dignitosi”.

Art. 41 Cost. – *solidarietà* – “l’iniziativa economica...non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana”;

*sussidiarietà orizzontale* – “la legge determina i programmi ed i controlli opportuni perché l’attività economica privata...possa essere...coordinata a fini sociali” (le partecipazioni statali: tecnica privatistica (società) a fini sociali);

*sussidiarietà verticale* – “...l’attività economica pubblica deve essere indirizzata...a fini sociali”.

Art. 42 Cost. – *solidarietà* – “la proprietà privata... godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale...”;

*sussidiarietà orizzontale* – “la proprietà privata... godimento e i limiti allo scopo di assicurarne...l’accessibilità a tutti”;

*sussidiarietà verticale* – “la proprietà è pubblica...i beni economici appartengono allo Stato, ad Enti,...”.

Art. 43 Cost. - *sussidiarietà verticale* – “al fine di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire...allo Stato, ad Enti pubblici...determinate categorie di imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale”.

Art. 44 Cost. – *solidarietà* – “al fine di stabilire equi rapporti sociali...la legge impone obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata”;

*sussidiarietà orizzontale e verticale* – “al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo...la legge impone obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata”.

Art. 45 Cost.- *solidarietà* – “la Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata...”;

*sussidiarietà orizzontale* – “la legge ne promuove e favorisce l’incremento con i mezzi più idonei e ne assicura gli opportuni controlli, il carattere e le finalità”.

Art. 46 Cost. – *solidarietà* – “ai fini della elevazione economica e sociale del lavoro ed in armonia con le esigenze della produzione, la Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare...alla gestione delle aziende”.

Art. 47 Cost. - *sussidiarietà verticale e orizzontale* – “La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio...: disciplina, coordina e controlla l’esercizio del credito”;

*sussidiarietà orizzontale* – “Favorisce l’accesso del risparmio popolare alla proprietà dell’abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice...”;

*solidarietà* – “favorisce il diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese”.

Nell’analisi dei “Rapporti economici costituzionali (artt. 35-47 Cost.) l’attenzione di alcuni illustri autori si era particolarmente soffermata sull’art. 47 Cost. che recita: “La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l’esercizio del credito.

Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese”.

La motivazione era l'aver individuato nella norma la svolta fondamentale e topica del passaggio dall'uguaglianza formale (tale avrebbe finito per essere il mero richiamo alla “accessibilità a tutti” dell'art. 42 Cost.) a forme di uguaglianza sostanziale attraverso la previsione sussidiaria dell'art. 47 Cost., comma 2: “La Repubblica... favorisce l'accesso del risparmio popolare” favorendolo ed indirizzandolo a tre obiettivi di accesso alla proprietà considerati di valore primario per l'affermazione della personalità, l'abitazione, la proprietà diretta coltivatrice, l'azionariato popolare.

Tuttavia nasceva la perplessità che tutta la strategia sussidiaria fosse escogitata in funzione della tutela del risparmio e dell'esercizio del credito, in quanto appariva evidente che in tal modo lo Stato avesse voluto circoscrivere l'impulso all'accesso alla proprietà a quelle fasce sociali medie, capaci di produrre ricchezza e risparmio, rimanendone così escluse le fasce sociali più deboli per le quali nella logica delle differenti formazioni sociali, veniva rinviato allo Stato di operare sussidiariamente attraverso la proprietà pubblica ovvero attraverso tecniche di tutela non identificate necessariamente nell'accesso alla proprietà (edilizia residenziale pubblica locativa), ovvero forme di stabilità collegate alla partecipazione solidale (equo canone, canone sociale ...).

In realtà tutto ciò si adattava perfettamente alla strategia economica dello Stato democratico sociale, di realizzare una vasta attrazione popolare nel sistema socio-economico, attenuando nel contempo le espressioni più visibili di *apartheid* sociale. Questo è un forte segnale del temperamento tra legalità costituzionale e razionalità legislativa.

Spostando, così, il baricentro dell'indagine sull'analisi economica, tale strategia appare perfettamente coerente a captare il

consenso , innalzando il livello della “curva di indifferenza”, una parabola che tende naturalmente ad innalzarsi nel momento in cui, soddisfatti i bisogni primari si aspira a soddisfare esigenze di grado minore, ma pur tali da generare interesse, allargando gli orizzonti del sistema economico nel promuovere fasce di popolazione produttive di risparmio, che rischierebbero di rimanere ai margini del sistema ingolfando il dissenso.

La strategia posta in essere dal legislatore con l'art. 47 Cost. avrebbe in altri termini agito su tre pilastri portanti dell'iniziativa economica del neocapitalismo post-guerra, indirizzando il risparmio popolare al mercato immobiliare, a quello finanziario e del credito; facilitando inoltre la conversione di capitali tradizionalmente immobilizzati nell'agricoltura (settore ritenuto residuo ) trasferendoli dalla campagna alla città, alle costruende periferie, alle infrastrutture, alle attività industriali.

Nasceva una “nuova borghesia” che andava d assumere un ruolo integrante nella società.

Alle formazioni più deboli, escluse dalla promozione sociale sarebbero riservate forme di solidarietà e sussidiarietà alternative e suppletive che garantissero comunque, al di fuori del regime proprietario “livelli di vita liberi e dignitosi”, cioè quel “minimo comune denominatore”<sup>14</sup> di uguaglianza sostanziale.

Sarebbe così confermata la strategia ed i limiti del sistema democratico-sociale, la sua insostenibilità a garantire l'uguaglianza sostanziale *tout-court*, limitandone la compatibilità a quella soglia reddituale che abbiamo definito “minimo comune denominatore”, impegnandosi lo Stato ad eliminare situazioni di fatto che ne possano impedire l'accesso.

L'acquisizione di questi dati, l'inquadramento sistemico dell'art. 47 possono introdurci nella dinamica assunta dal sistema degli anni Novanta e nell'attuale crisi che, nata nel mondo virtuale della finanza, sta coinvolgendo la società reale e soprattutto il mondo del lavoro.

---

<sup>14</sup> L'espressione è di F. LUCARELLI, *L'operatore giuridico*, cit.



Si parla (o si attuano) quali rimedi l'abbandono dell'ultraliberismo, il ritorno dello Stato, addirittura il protezionismo nazionale.

Anche qui l'analisi economica può soccorrere, sempre ispirandosi alla induzione nella società dell'art. 47 Cost. La strategia costituzionale come abbiamo visto si fondava sulla necessità di far emergere quali linfa del sistema economico, che andava sempre più caratterizzandosi in chiave di esasperata provocazione consumistica, quella miniera nascosta costituita dal risparmio popolare. Si trattava comunque ripetiamo di far emergere ricchezze prodotte dalla classe sociale media, indirizzandole a fonti primarie di produzione.

#### *Omissis*

Scrivono Giovanni Sartori: "Il 2009 sarà il primo anno – temo - di una "tempesta economica perfetta". Una tempesta destinata a durare finché non torneremo a capire come nasce il denaro, cosa fa ricchezza"<sup>15</sup>. Il politologo imputa alla sinistra la responsabilità di aver aggravato la crisi antepponendo il problema della distribuzione della ricchezza (*Welfare State*, crescita dei salari, condizionamento sindacale) al tema della produzione della ricchezza.

Replica Giorgio Ruffolo<sup>16</sup> : "Poiché si tratta della tempesta nella quale siamo immersi, sembra superfluo ricordare che essa è stata confezionata in America da un governo di destra, con l'osservanza di una politica che più disegualitaria non avrebbe potuto essere. La sinistra di tipo europeo, cui Sartori implicitamente si riferisce, in America neppure esiste e dunque deve essere assolta per non aver commesso il fatto".

Ma c'è di più. L'accusa che Sartori muove alla sinistra si adatta perfettamente alla destra "liberista".

---

<sup>15</sup> *Corriere della Sera*, 31 dicembre 2008.

<sup>16</sup> *La Repubblica*, 12 gennaio 2009.

Qual è, infatti, lo “specifico filmico” della crisi se non proprio quello di aver per anni distribuito ricchezze inesistenti? Su tre piani distinti ma convergenti.

“Sul piano mondiale l’America ha vissuto e vive tuttora di risorse ben superiori a quelle che produce, finanziandole con il risparmio della sobrietà asiatica e realizzando così “la parabola del ricco debitore”. Sul piano dell’economia nazionale l’altissima pressione dei consumi, che ha finora mantenuto la domanda a livelli elevati, si basa su un colossale indebitamento delle famiglie americane che, con buona pace di *Max Weber*, hanno cessato da tempo di risparmiare. Che cos’è quell’indebitamento da cui è originata la crisi americana se non ricchezza distribuita senza essere prodotta?”

Infine, crisi della finanza? La finanza ha molti meriti: fornisce liquidità al risparmio e agli investimenti, contribuisce, se gestita con prudenza, a coprire i rischi degli investimenti. Di più, entro certi limiti, anche le sue “scommesse” possono promuovere decisioni di investimento che le realizzano. Entro certi limiti, che sono stati irresponsabilmente travolti generando quest’ultima crisi.

*Omissis*

Dagli anni novanta la provocazione consumistica rompe gli argini e tende a coinvolgere quelle fasce deboli non produttive di risparmio, sostituendolo con il credito a consumo: si passa cioè dal risparmio a forme sempre più esasperate del debito che coinvolgono anche la “nuova borghesia” risospingendola, inavvertita, verso baratri di insolvenza e dequalificazione sociale.

Siamo così giunti alla crisi americana del 2008, dei mutui *sub-prime*, del fallimento delle banche coinvolte nei mutui casa, dell’estensione della crisi al mondo globalizzato.

La risposta del sistema politico sembrerebbe preludere alla fine dell’ultraliberismo ed al ritorno dello Stato nell’economia. Questa conclusione può rivelarsi precipitosa e preludere, invece a soluzioni totalitarie imprevedibili.

Se prendiamo quale centro di attenzione l'Italia i primi provvedimenti preludono ad utilizzare la crisi per assumere il controllo del sistema bancario, all'Irizzazione dell'industria, ai meccanismi dell'informazione, fino al controllo della formazione (attraverso la trasformazione delle Università pubbliche in fondazioni private).

Potrebbe sembrare *prima facie* un ritorno al totalitarismo degli anni Trenta.

In realtà l'originalità della strategia del Fascismo era che il ruolo di punta delle classi medie e produttive che veniva da una parte conservato, dall'altra esaltato dalla Relazione al codice civile (su cui *infra*), sarebbe stato mediato dal corporativismo che ricercerebbe il consenso all'interno delle corporazioni con la partecipazione di datori di lavoro e lavoratori (solidarietà al sistema per le attività produttive).

La strategia adesso è ben più articolata di un ritorno organico dello Stato, poiché la crisi del sistema economico agisce all'interno di una crisi della politica e dei partiti che lascia spazi esclusivi di manovra a *lobbies*, a comitati di potere a sua volta supportati da frange incontrollabili della classe politica.

E l'anti-Stato ad assumere le leve del potere, insofferente delle regole di convivenza civile dettate dalla Costituzione di cui si tramano modifiche della prima parte, dei rapporti economici e del sistema giudiziario.

Il che non esclude operazioni parallele che intendono conservare equilibri del sistema anzi accrescere il consenso sociale, quali la politica dei mutui operata in Italia, le cui agevolazioni tendono contemporaneamente ad evitare il collasso dell'edilizia e con esso del sistema bancario; ci riferiamo al tetto del 4% sui mutui a tasso variabile (ma quale sorte hanno i mutui a tasso fisso?) con accollo allo Stato dell'eccedenza (misura che ricorda quanto di analogo si prevede nel 1965 per l'acquisto della piccola proprietà contadina). Altre forme d'aiuto garantiscono la rinegoziazione dei mutui.

Da ultimo il decreto legge 158/2008 meglio noto come legge antisfratti in sede di conversione dispone che gli immobili degli insolventi possono divenire di proprietà delle Iacp, “mutuando” i proprietari ad inquilini a canone sociale.

L'allarme che comunque è nato nel sistema economico e che ha coinvolto soprattutto la piccola e media industria del nord-Italia, ha fatto levare voci sulla necessità di porre filtri al mercato globale attraverso misure protezionistiche che salvaguardino certi settori – quello manifatturiero anzitutto - incapaci di sostenere la pressione esterna soprattutto dei mercati orientali. Bisogna aggiungere subito che il protezionismo può avere vari volti, sia l'ostracismo fondato su leggi dirette a limitare l'accesso, sia formule più subdole e pervasive che si giustifichino nel controllo a volte esasperato (precedentemente obliterato del tutto) della qualità della merce proveniente dal mercato globalizzato.

Anche oggi in risposta alla crisi finanziaria quello che si ripropone al Governo è di riconsiderare prioritarie le professioni ed il ceto medio.

Ciò in omaggio all'economia delle conoscenze che si basa sul capitale intellettuale e, secondo alcuni politici sarebbe il settore più innovativo ed evolutivo dello sviluppo e della competizione nella scena globale della società contemporanea.

In quest'ottica si propongono misure di garanzia per l'accesso al credito e ai consorzi fidi per i professionisti, crediti d'imposta per la formazione obbligatoria permanente ed incentivi fiscali per le associazioni professionali, revisione degli studi di settore in una fase di crisi<sup>17</sup>.

Il protezionismo figlio naturale della Grande Crisi, è in agguato, e minaccia una nuova destabilizzazione dei mercati finanziari se dovesse affermarsi davvero sul piano globale. È l'allarme che hanno lanciato *Fred Bergsten, dell'Institute for International Economics di Washington* e Mario Monti, Presidente della Bocconi, in occasione del convegno organizzato a *New York* per il venticinquesimo

---

<sup>17</sup> *Il Sole 24 ore*, 14 gennaio 2009.

anniversario del *Council for United States and Italy*. La critica è stata mossa a quegli Stati che dichiarandosi contrari al protezionismo hanno finito con l'introdurre nuove tariffe, (cfr. Russia e India), varare sussidi generici (Cina), preparare sussidi al settore auto (Europa e Stati Uniti).

Bergsten chiarisce che si è trattato di forme di protezionismo "legali" accettate dalla Wto e dunque "morbide" e lancia la proposta di "chiudere il *Doha Round* e lanciare l'*Obama Round*" ritenuto più accettabile..." l'obiettivo è quello di evitare l'affermazione di misure protezionistiche più dure con il rischio di ritornare al mercantilismo degli anni Trenta proprio in risposta alla crisi finanziaria.

La crisi infatti esercita pressioni sui governi per ottenere maggiori riserve. Molti Paesi sia emergenti che non prenderanno coscienza che il "modello cinese", quello che punta all'accumulazione di riserve valutarie da *surplus* commerciali oggi ha una sua validità: risorse liquide disponibili essenziali. E dunque all'India potrebbe seguire la Cina e così molti altri. Ciò impone la necessità che ci sia qualcuno dall'altra parte che compra. Ma gli Usa d'ora in avanti saranno più resistenti ad accentuare il disavanzo.

Si profila un rischio. Nonostante attese prognostiche di miglioramento della posizione commerciale americana (Bergsten stima una caduta di duecento miliardi di dollari del disavanzo commerciale l'anno prossimo anche grazie alla caduta del petrolio) l'*escalation* protezionistica è possibile su base globale. Anche Monti aderisce alla valutazione del rischio di una degenerazione protezionistica.

Il pericolo può derivare anche dalla rinuncia all'economia di mercato "padre e madre del libero commercio" con nazionalizzazioni a oltranza. Gli interventi pubblici sul privato dunque devono essere limitati da un punto di vista temporale altrimenti si rischia di scardinare anche lo stesso modello europeo. È giudicata incoraggiante – e se ne auspica l'emulazione in Italia - la richiesta della Francia di *Sarkozy* di andare avanti nell'integrazione

delle politiche europee e nell'eliminazione di rigidità strutturali , ma i rischi sono comunque presenti, anche per quei Paesi cruciali per l'economia europea come la Germania. Tuttavia nell'ultimo capitolo approfondiremo il ruolo sempre più defilato della Ce incapace di dotarsi di strutture istituzionali (e costituzionali) che integrino l'unificazione economica.

L'antidoto per evitare il passaggio da posizioni commerciali morbide a posizioni aggressive resta ambiguo, per *Bergsten*, nella posizione di Obama. La pressione dei sindacati americani è sempre più insistente. Probabilmente una soluzione potrebbe rinvenirsi nell'introduzione di ammortizzatori sociali oggi assenti sul piano interno e nell'apertura delle frontiere. In Europa si attribuisce alla politica della *Merkel* il carattere "troppo tedesco e poco europeo", ma lo stesso Monti auspica interventi e cambiamenti sul piano della politica fiscale.

In verità in Italia il protezionismo accompagnato da tutti gli strumenti sussidiari utilizzati – controllo del mercato edilizio, mercati finanziari e del credito, controllo del mercato del lavoro, controllo dell'informazione e della formazione – sembra specchiarsi nei provvedimenti totalitari assunti dal regime fascista degli anni Trenta. È vero che il panorama economico è differente, che alle categorie (ed alle corporazioni) si sono sostituite le formazioni sociali; che vincoli europei (soprattutto monetari) proteggono da tentazioni autoritarie per cui il pericolo è più nella corrosione all'interno del sistema dei valori etici e costituzionali, e quindi nella fiducia nello Stato.

Se parliamo di anti-Stato significa che il protezionismo attuale non potrà che essere una soluzione di facciata o temporanea in quanto le *lobbies* che oggi ne giustificano il ricorso cederanno sempre a quel mercato globalizzato che è stata la matrice ed il potenziamento della loro nascita, radicandone i potentati economici nella moderna società.

L'ambiguità del sistema politico trova conferma nell'altalenante vicenda italiana delle azioni collettive risarcitorie, le quali - nate sulla

sollecitazione della tutela del consumatore, rappresentata soprattutto in quelle formazioni della nuova borghesia produttrici di risparmio e ricchezza, rispetto ad un mercato finanziario virtuale e ad un sistema bancario che non le proteggeva (meccanismo inteso a consolidare formazioni sociali su obiettivi di difesa soprattutto nei confronti delle grandi industrie e delle multinazionali) – vedono a poco a poco allontanarsi o ridursi le prospettive di concreta attuazione.

Questo forse è il frutto della nuova strategia in atto, riconfinare nuovamente la media borghesia alle soglie della povertà riutilizzando quella tecnica da noi già descritta nella curva di indifferenza in cui le depressioni economiche agiscono flettendo la curva e retrocedendo il consenso ai soli bisogni primari.

Ma il depotenziamento dell'azione collettiva approvata dal governo Prodi non passa soltanto attraverso un mero rinvio dell'attuazione che già adesso ne sconta un anno dall'entrata in funzione prevista, ma va nel merito dell'oggetto e dell'esercizio della stessa.

Per l'oggetto, in quanto, ammesso in definitiva l'ambito di operatività dell'azione nei confronti della Pubblica Amministrazione o degli Enti partecipativi (ipotesi che in chiave analogica era stata da noi sostenuta, anche sulla base di una sua iniziale progettazione nella prima fase di verifica parlamentare della legge), se ne depotenzia l'esercizio e gli effetti nella misura in cui al carattere risarcitorio si sostituisce il ristabilimento degli *standard* di efficienza dell'attività amministrativa; per l'effettività dell'esercizio, in quanto il collegato sviluppo al disegno di legge, eliminando qualunque spiraglio di retroattività, riferisce ai soli illeciti commessi a partire dal 1° luglio l'applicabilità della nuova disciplina dell'azione collettiva.

La nuova strategia che allontana sempre più il sistema socialdemocratico dal consenso sociale e dagli obiettivi di solidarietà e sussidiarietà si riflette nelle nascenti difficoltà di

accesso al credito in crollo verticale sia per le piccole e medie imprese sia per i privati; nonchè nel modello progettato di attuazione del federalismo, dove la proliferazione di interessi e di formazioni sociali differenti solo dal punto di vista economico e territoriale non trova alcuno schermo che nella solidarietà virtuale, espressa nel riferimento agli *standard* anche per i bisogni essenziali e per i beni pubblici e nella *virtuosità* dei comportamenti regionali: riferimenti atipici e del tutto privi di connotati giuridici, riferendosi ad una pretesa eticità dei comportamenti del tutto estranei ad una corretta analisi economica del diritto.

Lo stesso Presidente Napolitano da una sede *extra moenia* (*Helsinki*) nell'ottobre del 2008 afferma che in Italia: “non tutti si identificano nella Costituzione... Credo che sia ancora una questione aperta la piena identificazione che ci dovrebbe essere da parte di tutti nei principi e nei valori della Costituzione...”

Conclude con una frase che drammatizza l'eccezionalità del momento:

per l'Italia si avverte l'esigenza di un forte moto di patriottismo costituzionale”. Il richiamo al patriottismo costituzionale implica un'azione di difesa dei valori anche al di fuori del sistema interno precostituito.

Massimo Giannini ritiene la dichiarazione presidenziale fortemente emotiva, “sommario di decomposizione politica, civile e culturale che l'Italia sta vivendo in questo tempo di egemonia della “nuova destra”. Per questa Italia la prima parte della Costituzione è un quasi un “relitto” col suo carico di diritti premoderni (uguaglianza, equità, solidarietà, lavoro) che imbriglierebbero l'economia ed i cittadini”.



## **PARTE I**

IL PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ NELLA CODIFICAZIONE DEL '42

## CAPITOLO PRIMO

LA RELAZIONE AL CODICE DEL '42 E LE METODOLOGIE AUTORITARIE:  
L'ADEGUAMENTO DEL PRINCIPIO SOLIDARISTICO ALLE "ESIGENZE DEL  
REGIME".

L'influenza ideologica fascista sulla codificazione del '42 introduce all'analisi dei rapporti tra mondo economico e Fascismo da individuarsi nelle strette relazioni tra la destra economica e la Carta del lavoro (27), cui si accompagnerà il braccio armato del sindacato unico: discriminazione sociale, protezionismo tipico dei regimi totalitari che preludeva alla stagnazione economica, all'autarchia e all'economia di guerra.

Non è stato sufficientemente sottolineato dalla dottrina che la Relazione al codice civile si apre con l'enunciazione del valore giuridico e non solo politico della Carta del lavoro che informa l'intero ordinamento normativo (valore altresì ermeneutico).

«I principi della Carta del Lavoro penetrano oggi, così, completamente nella nostra legislazione, in modo da dare ad essa l'organica unità, la quale deriva dalla unicità dei criteri direttivi morali, politici e sociali, che sono quelli della dottrina fascista fermata nelle dichiarazioni della Carta del Lavoro.

Le Dichiarazioni della carta del Lavoro, in quanto costituiscono principi generali dell'Ordinamento giuridico dello Stato, "danno il criterio direttivo per l'interpretazione e per l'applicazione della legge". Questa nuova norma di interpretazione, che deve essere intesa in relazione all'articolo 3 delle Disposizioni sull'applicazione delle leggi in generale, premesse al Codice civile, ha lo stesso vastissimo campo di applicazione che è proprio di queste ultime. Ciò vuol dire che l'autorità della Carta del Lavoro, statuto fondamentale della nostra rivoluzione fascista e corporativa, deve ispirare e sostenere tutta la compagine del diritto positivo italiano,

così nel presente come nell'avvenire. Essa deve costituire il criterio interpretativo della legge, così da imprimere un carattere organico ed unitario a tutto l'Ordinamento giuridico.

In tutti i libri del Codice indistintamente la nuova disciplina legislativa è ispirata dai principi della Carta del Lavoro.

La proprietà privata, completamento della personalità umana, e perciò collocata subito dopo i libri relativi alle persone e alla successione, assume la sua figura di diritto a cui sono indissolubilmente legati il dovere e la responsabilità. Non dunque la proprietà passiva che si limita a godere i frutti della ricchezza, ma la proprietà attiva che questi frutti sviluppa, aumenta, moltiplica<sup>18</sup>».

Tale criterio viene ribadito nella Relazione al codice civile per quanto riguarda le obbligazioni soprattutto nella pretesa di scindere definitivamente il nostro codice dalla ispirazione del codice napoleonico. Di qui a breve si tratterà delle problematiche inerenti l'art. 811 abrogato, ma non sostituito.

L'incidenza ideologica non va letta, quindi, solo nelle leggi penali, in quelle del lavoro, nel corporativismo, ma nell'intera architettura della codificazione ed anche nei "silenzi" (famiglia e proprietà) che caratterizzarono la mancata attuazione codicistica di quelle mutazioni che emergevano sempre più in una società in trasformazione.

La Carta del Lavoro aveva attribuito la rappresentanza degli interessi nazionali alle corporazioni, organi di collegamento fra le associazioni dei datori di lavoro e le associazioni dei lavoratori, affidando dunque agli imprenditori e ai lavoratori uniti il compito di disciplinare l'attività delle imprese e i loro rapporti stessi. Quindi i datori di lavoro e gli operai dovevano (teoricamente) entrambi anteporre gli interessi nazionali a quelli individuali, con la motivazione che avrebbero comunque beneficiato dell'effetto riflesso di una elevazione economica nazionale.

---

<sup>18</sup> Relazione del Ministro Guardasigilli (Grandi) al disegno di legge sul "*Valore giuridico della Carta del Lavoro*", p. 5 ss.

La “Carta” stabiliva un rapporto di subordinazione del lavoratore all’imprenditore, giustificato dalla pretesa solidarietà al sistema: gli interessi generali della produzione costituivano la copertura ideologica di protezione degli interessi individuali ed una pretestuosa forma di redistribuzione a pioggia della ricchezza.

La sostanza reazionaria e borghese della “Carta” poteva cogliersi in maniera chiara e inequivocabile nell’assioma VII, dove era espressa la concezione corporativa dell’iniziativa privata nel campo della produzione quale strumento più efficace e più utile nell’interesse della nazione. È evidente quindi che gli interessi dello Stato e degli imprenditori coincidevano perfettamente. Nell’assioma si parla certamente di “collaborazione delle forze produttive” e di “reciprocità dei diritti e dei doveri”, in realtà la “Carta” rafforzava le strutture gerarchiche ed autoritarie della società, attraverso la divisione della stessa in classi, nonostante la loro formale abolizione attraverso le corporazioni.

La portata assiologica dei principi enunciati nella Carta del lavoro trova il crisma della giuridicità nei punti della Relazione di accompagnamento al codice civile relativi alla individuazione del percorso evolutivo dei lavori della Codificazione:

1. Il principio della unità morale e politica, oltre che economica, della Nazione realizzato integralmente nello Stato fascista, quello della subordinazione costante dell’interesse individuale all’interesse superiore della Nazione, la concezione stessa del lavoro come dovere sociale e, in generale, la nozione del diritto accompagnata costantemente da quella del dovere, anzi a questa ultima sempre subordinata, valgono a scolpire il modo di essere della società nazionale.

La necessità della riforma del codice civile, se non nella sua interezza, nelle parti relative a singoli istituti fu avvertita in tempi oramai remoti: ma timidi e senza concreto risultato furono i tentativi compiuti dai miei lontani predecessori nella direzione del Ministero della Giustizia. Il Bonacci (1893) propose l’istituzione di

una Commissione permanente di codificazione civile, ma la proposta fu solo parzialmente attuato col decreto Gallo 10 settembre 1906, che istituì una Commissione di studio, e col R. decreto 25 aprile 1907, promosso dall'Orlando, che suddivise il compito della Commissione in varie sotto-commissioni. Il R. decreto 6 gennaio 1910 n. 12, proposto da Vittorio Scialoja, sciolse queste sotto-commissioni, che non erano riuscite a preparare se non un disegno di legge sui vizi redibitori della vendita di animali, e istituì Commissioni speciali con competenze riservate a singoli argomenti. Dai lavori susseguiti derivarono il progetto di legge sui figli naturali e quello sulla trascrizione, presentati al Senato del Regno, rispettivamente, il 22 febbraio e il 3 marzo 1910, che però non ebbero corso. Non ebbe nemmeno attuazione il proposito dello stesso Scialoja (19 marzo 1910) di procedere alla riforma del codice civile per via di leggi interpretative.

Modificazioni al codice civile furono fatte durante la prima guerra mondiale per ragioni occasionali e mediante provvedimenti parziali che suscitarono critiche di giuristi e di economisti. Ma la necessità di una più generale riforma delle leggi civili apparve evidente durante il corso della guerra medesima e finì quadrata nel gruppo dei problemi del «dopo guerra».

Per lo studio di questi problemi con decreto-luogotenenziale del 16 settembre 1917 n. 1529, fu nominata una speciale commissione, la quale, con successivo decreto luogotenenziale del 21 marzo 1918, n. 361, fu sostituita da un'altra, suddivisa alla sua volta in due sottocommissioni, delle quali la prima doveva occuparsi delle materie giuridiche, amministrative e sociali, la seconda delle materie economiche. La prima sottocommissione compì pregevoli studi su particolari argomenti, che non portarono tuttavia a risultati di molta rilevanza.

Si deve al Governo fascista il merito di aver affrontato con più larghi criteri il problema della riforma dei codici. Questo fu posto con la legge di delegazione 30 dicembre 1923, n. 2814, alla quale fecero seguito i Regi decreti 3 giugno e 7 luglio 1924 di costituzione

della Commissione Reale incaricata di predisporre i progetti preliminari dei nuovi testi legislativi. La delegazione contenuta nella legge del 1923 prevedeva l'emanazione di nuovi codici di commercio, della marina mercantile e di procedura civile, in sostituzione di quelli esistenti, ma per quanto rifletteva le materie regolate dal codice civile, ne limitava la riforma a determinati istituti (assenza, condizione dei figli illegittimi, nullità del matrimonio, adozione, patria potestà, tutela, trascrizione e prescrizione). La successiva legge di delegazione 24 dicembre 1925 n. 2260, autorizzò ad apportare al codice civile altre aggiunte e modificazioni di carattere tecnico-giuridico, anche fuori delle materie indicate nella legge precedente, rimanendo però immutati i principi fondamentali dei singoli istituti.

La Commissione Reale anzidetta che raccolse quanto di più eletto vi era nella scienza giuridica italiana, divisa in diverse sottocommissioni, iniziò subito sulla base delle due leggi di delegazione i propri lavori, che si protrassero a lungo.

Per quanto riguarda in special modo le materie regolate dagli abrogati codice civile e di commercio, alle quali particolarmente si riferisce la presente relazione, ricordo che la Commissione Reale presentò al Governo il progetto di revisione del codice di commercio in data 10 agosto 1925. il 27 settembre 1930 presentò il Libro del codice civile "Delle persone"; il 23 marzo 1936 il Libro "Delle successioni e delle donazioni", il 15 agosto 1936 il Libro "Delle obbligazioni e dei contratti"; il 14 agosto 1937 il Libro "Delle cose e dei diritti reali".

Di questi progetti, due soltanto, quello relativo alle persone e quello relativo alle successioni, ebbero ulteriore elaborazione, prima in base alle osservazioni e proposte della magistratura, delle Università e degli organi forensi, che li esaminarono, e poi, a seguito del parere dato dalla Commissione delle Assemblee legislative, in conformità di quanto era prescritto nelle citate leggi di delegazione. E dei due progetti solamente uno arrivò a compimento col decreto Reale 12 dicembre 1938, n. 1852, che

approvò il primo libro del nuovo codice civile “Delle persone”, disponendone l’entrata in vigore il 1 luglio 1939-XVII. Fu questo in sostanza il solo atto legislativo della complessa riforma dei codici di diritto privato portato a compimento nei primi quindici anni da che la riforma stessa fu disposta. Per le altre parti del codice esistevano soltanto i progetti parziali e preliminari della Commissione Reale, alcuni dei quali risalenti a molti anni addietro, che, se pure non privi di pregi dal lato tecnico, in complesso dovevano considerarsi oramai superati per i criteri a cui erano stati ispirati. Questo lo stato di fatto in cui trovatisi la riforma del codice civile e del codice di commercio quando il 22 luglio 1939 fu chiamato dalla Maestà Vostra all’ufficio del Guardasigilli e alla direzione del Ministero della Giustizia.

2. Una delle prime conseguenze del nuovo indirizzo (...) impresso ai lavori di riforma fu il ritiro avvenuto il 23 agosto 1939 del progetto “Delle obbligazioni”, che in data 28 agosto 1936 era stato sottoposto all’esame della Commissione delle Assemblee legislative.

Tale progetto predisposto dalla Commissione Reale, era stato da quest’ultima presentato nella sua forma definitiva il 15 agosto 1936 e poscia trasmesso alla Commissione delle camere legislative. Le ragioni (...) del ritiro di esso sono ovvie. Il progetto si riconnette ad una iniziativa di legislazione uniforme italo-francese, presa una ventina di anni or sono, durante la passata guerra mondiale, da un comitato di giuristi italo-francesi, ed avente come scopo l’unione legislativa fra l’Italia e la Francia. Esso altro non era in sostanza, se non il progetto comune franco-italiano di Codice delle obbligazioni e dei contratti pubblicato nelle due lingue italiana e francese nell’ottobre del 1927. E’ fuori dubbio che il libro sulle obbligazioni e i contratti del nuovo codice italiano non poteva essere quello che uscì dal comitato misto italo-francese, il quale iniziò i suoi lavori

durante la grande guerra mondiale e li esaurì praticamente prima che la Rivoluzione fascista avesse emanato la carta del Lavoro...

...La Carta del Lavoro e l'Ordinamento corporativo influenzano oramai gli stessi rapporti di diritto privato in un saggio equilibrio che esclude ogni eccesso e garantisce i diritti degli individui, delle categorie e dello Stato. Era quindi indispensabile che la nuova legge delle Obbligazioni e dei Contratti, basandosi sulle più pure fonti romane e italiane del Diritto, tenesse conto della grandiosa evoluzione subita dalle attività produttrici della Nazione.

...la Carta del Lavoro, emanata dal Gran Consiglio del fascismo il 21 aprile 1927-V divenne subito una realtà storica operante nella nostra vita nazionale;...

Il Consiglio dei Ministri nelle sue riunioni del 30 novembre 1940 e del 4 gennaio 1941 approvò le nuove direttive da noi proposte.

Nel verbale della riunione del Consiglio dei Ministri del 30 novembre si legge: "Il Guardasigilli fa un'ampia relazione sui lavori della codificazione. Prima di illustrare il contenuto dei due nuovi Libri del codice civile sulla proprietà e sulla tutela dei diritti che vengono oggi portati all'approvazione del Consiglio dei Ministri, il guardasigilli fa presente la necessità di risolvere un problema di carattere generale che interessa l'intera codificazione e sul quale permangono tuttora incertezze nella dottrina e nella giurisprudenza, relativo alla natura giuridica della Carta del Lavoro...

... il Consiglio dei Ministri approva il disegno di legge, presentato dal guardasigilli, per cui le Dichiarazioni della Carta del Lavoro, nella quale sono fissate le regole della collaborazione tra le forze della Società Nazionale entro lo Stato, della iniziativa privata e della responsabilità dell'impresa, il dovere del lavoro e le nuove fonti del diritto nell'ordine corporativo "costituiscono principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato e danno il criterio direttivo nell'interpretazione e nell'applicazione della legge<sup>19</sup>".

---

<sup>19</sup> Relazione del Ministro guardasigilli (Grandi) per l'approvazione del testo del "Codice Civile", n. 1 e 2, pp. 15 ss.



...il valore giuridico della Carta del Lavoro fu perciò definito in modo preciso ed inequivocabile con la legge 30 gennaio 1941-XIX, n. 14, che eliminando le perplessità e le discussioni precedenti, collocò al suo giusto posto nel nostro sistema giuridico positivo l'atto fondamentale del regime.

Con questa legge si precisò, da un lato, che le Dichiarazioni della Carta del Lavoro costituiscono principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato e, dall'altro, si affermò che esse danno il criterio direttivo per la interpretazione e per l'applicazione della legge. Queste disposizioni furono ampiamente illustrate nella Relazione del disegno di legge e quindi non è il caso di indugiarsi nuovamente al riguardo, mentre le conseguenze di questi precetti legislativi sull'opera di riforma e gli effetti della collocazione – come fu disposto – della Carta del Lavoro in testa al nuovo Codice civile saranno messe in rilievo fra breve.

...nel verbale di tale riunione si legge:

“Il Guardasigilli ha riferito sulla fase attuale dei lavori della Codificazione in relazione alla recente decisione del Consiglio dei Ministri di conferire alle Dichiarazioni della Carta del Lavoro autorità di principi generali dell'ordinamento giuridico e di premessa al Codice civile. Questa decisione, mentre ha dato un orientamento unitario ai lavori della Codificazione, ha portato a riesaminare su un piano nuovo due fondamentali problemi emersi dall'esame dei progetti del Libro delle obbligazioni e del Codice di commercio: quello dell'unificazione della disciplina delle obbligazioni civili e commerciali, e quello di una nuova più organica impostazione degli istituti concernenti i soggetti di diritto nell'ordine corporativo, l'impresa e il lavoro”.

Con il R. decreto 26 ottobre 1939-XVII, n. 1586, fu approvato il Libro del codice civile delle successioni e donazioni. Con i Regi decreti 30 gennaio 1941-XIX, n. 15, n. 16, n. 17 e n. 18, furono approvati, rispettivamente, i Libri della proprietà, delle obbligazioni, del lavoro e della tutela dei diritti. A ciascuno dei libri fecero seguito le relative norme di attuazione transitorie. Nel tempo stesso

fu approvato il codice di procedura civile con il R. decreto 28 ottobre 1940, n. 1443, il codice della navigazione con il R. decreto 27 gennaio 1941, n. 9 e fu provveduto allo studio di un complesso di norme che formano la disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa.

È proprio in quegli anni che matura un concetto di solidarietà, svincolato dai contenuti etico-morali e connotato da predicati giuridici. Per la prima volta, dunque, la solidarietà entra a far parte dei principi dell'ordinamento, in una dimensione che ne vedrà successivamente continue trasformazioni fino a colorarsi degli attuali valori emergenti dal dettato costituzionale.

Le ricadute empiriche si rinvergono nell'accentuazione dei profili patrimoniali del diritto soggettivo, visti in chiave di solidarietà e produttività e nelle mistificazioni dell'abuso del diritto; ma importantissimo indice rivelatore è la "scomparsa" della funzione sociale della proprietà nell'ultima stesura della codificazione: stiamo evidentemente parlando del processo di formazione del codice del '42 per quanto riguarda la proprietà e l'autonomia privata.

Non è stata sufficientemente posta in rilievo la circostanza che l'unica definizione dei beni che sono "le cose che possono formare oggetto dei dritti" (art. 810 c.c.) era contenuta nell'art. 811 c.c. nella sez. I, intitolata "Dei beni nell'ordine corporativo". In tale sezione composta da un unico articolo si legge: "Disciplina corporativa. I beni sono sottoposti alla disciplina dell'ordinamento corporativo in relazione alla loro funzione economica ed alle esigenze della produzione nazionale".

L'abrogazione di tale articolo, ad opera dell'art. 3, dlgs. lt. 14 settembre 1944, n. 87, ha finito per determinare un *vulnus* nel codice non essendo stato sostituito da altra definizione sulla natura dei beni. Circostanza che è passata del tutto inosservata da parte del legislatore e della dottrina!

Il corporativismo ha dunque lasciato tracce indelebili nella codificazione, il che si deduce dall'analisi dell'articolazione complessa del sistema privatistico.

Il principio di solidarietà che ne risulta non attiene ad una concezione di solidarietà partecipe, ma risponde ad una visione efficientista (filo conduttore della normativa del tempo è da rinvenire nell'efficientismo del sistema), in cui il *totem* di riferimento è costituito dal valore della circolazione dei beni. (cfr. art. 811 c.c. citato, vigente il regime corporativo).

Anche laddove si tenderebbe a ravvisare il recupero di un equilibrio nell'ambito del regolamento di interessi (cfr. l'istituto della rescissione), in realtà poi si finisce con il legittimare forme di abuso controllato (cfr. lesione *ultra dimidium*).

In ogni caso tuttavia, il codice del 1942 costituisce un modesto *restyling* della legislazione del 1865 che evidenzia, ancora una volta, il ruolo marginale dell'Accademia italiana.

Nell'analisi dei tempi di valutazione delle ideologie dalla codificazione del '42 alla rilevazione dei valori della Carta costituzionale, il condizionamento dell'ideologia fascista costituisce l'antefatto dello studio critico di una società che nel dopoguerra ha visto profondi mutamenti, sviluppando un percorso evolutivo che, superando la staticità del capitalismo tradizionale, circoscritto alla rendita fondiaria ed urbana, ha raggiunto una dimensione dinamica di organizzazione del capitale, soprattutto di quello finanziario.

Il protezionismo totalitario mirava ad un rafforzamento del sistema tradizionale del diritto privato, permeato dall'intangibilità del capitalismo produttivo diretto e controllato dal potere pubblico, con cui si tendeva a ristabilire il senso nazionalistico dell'unità sociale, ordinata gerarchicamente in classi e funzioni produttive, al cui vertice si collocavano le classi più potenti o meglio organizzate quale espressione di un fenomeno sociale necessario.

Oggi di fronte alla grave crisi economica che ripercorre i sentieri della crisi del '29 sembra riemergere la stessa strategia politica:

favorire i poteri forti dell'economia (banca, impresa, trasporti,...) finanziandone il superamento della crisi, garantendosi il potere politico il controllo di informazione, banche, imprese, trasporti e formazione con la motivazione di un nuovamente pretestuoso beneficio indiretto alle classi più deboli. Dalla difesa della produzione traccierebbe un illusorio beneficio della collettività. La stessa strategia favorita dagli attuali vertici politici il cui cesarismo e autoritarismo, mistificato da una pretesa efficienza ricorda accadimenti che favorirono l'affermarsi nel ventennio del Fascismo.

Nella descritta dimensione economica si inseriva operativamente nella società e, successivamente, nel processo di riforma del codice civile, l'ideologia fascista nei temi corporativi della solidarietà, nelle tecniche di condizionamento della personalità individuale, nei nuovi strumenti di integrazione e controllo dell'autonomia privata, nel significativo rafforzamento dell'impresa e dell'attività di produzione, per l'interesse esclusivo della classe imprenditoriale.

In questa strategia emergeva quel ruolo direttamente partecipe dello Stato nell'imprenditorialità (vedi costituzione dell'IRI) che era stato volutamente tenuto separato nella codificazione del '65.

Sotto il profilo socio-economico la proiezione nel codice civile dei lineamenti della Carta del lavoro si riflette nelle costanti sollecitazioni all'iniziativa privata, intesa nel contenuto essenzialmente economico di "strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione, nell'organizzazione unitaria della produzione".

Il disegno integralista influisce sui lineamenti giuridici della personalità umana poiché ciò che determina la posizione giuridica della persona è la posizione che essa assume nella vita economica della Nazione, il suo posto nelle organizzazioni politiche ed economiche. La rigida stratificazione sociale per categorie è del tutto difforme dal riferimento costituzionale ad una "società fluida" di recente definita "società liquida" in cui meritevoli di tutela sono le formazioni sociali, concezione dinamica ed evolutiva

delle categorie che si presta a giudizi di valore su situazioni sociali contingenti e non precodificate.

Nell'ideologia totalitaria alla visione dell'uomo, centro del sistema di diritto privato, significativo portatore di valori culturali, morali ed etici, che ne condizionano l'azione (pur in funzione di scelte personali), si sovrappone la visione disumanizzata di una categoria di "protagonisti", ai quali l'organizzazione politico-economica affida il compito di "creare, accrescere e migliorare i beni di utilità, mitizzandone l'efficienza individuale, di là da condizionamenti etici. Nella sequenza descritta l'individuo, in qualità di "produttore", risponde direttamente alle finalità autarchiche del sistema quale "persona che partecipa attivamente con la propria azione individuale all'azione comune di sempre maggior aumento della potenza e del benessere della Nazione".

Lo Stato diviene garante di questa classe di "protagonisti" nei confronti dei "comprimari" attraverso la copertura formale di un principio di solidarietà, che rappresenta il tributo passivo del singolo nei confronti "dell'organizzazione privata della produzione"; lo strumento di autogiustificazione del regime, il cui mito di potenza nazionale si collega alla efficienza e stabilità dell'impegno produttivo, che impone la "normalizzazione dei rapporti sociali" e "garanzie" per i ceti industriali.

Di fronte all'attuale crisi del mercato globale l'atteggiamento di lobbies e comitati di potere, che costituiscono la versione moderna di un regime sensibile soprattutto al controllo economico dello Stato, sembra riecheggiare il protezionismo degli anni Trenta, frutto di una strategia intesa al controllo totale del sistema economico. Ciò come vedremo è vero soltanto in parte in quanto l'analogia si ferma all'uso spregiudicato degli strumenti di controllo dell'economia. Nell'attuale vicenda entra in crisi la curva di indifferenza *versus* la strategia del consenso del modello socialdemocratico che prevedeva un'*escalation* sociale di quelle classi medie produttive capaci di generare risparmio (classi medie che non erano ai limiti dei livelli di vita liberi e dignitosi) di cui veniva dalla stessa Costituzione

sollecitato l'utilizzo (art. 47 Cost. azionariato popolare, abitazione, proprietà diretta coltivatrice).

Queste formazioni sociali sono state via via sollecitate in un'orgia consumistica ad accedere a beni non sufficientemente coperti dal risparmio o addirittura ad annullare il risparmio sostituendolo con l'indebitamento; soluzione necessariamente da un punto di vista economico temporanea ed eversiva che una volta scosso il sistema con i mutui *sub-prime* che rivelavano l'avventurismo sempre più spiccato del post-capitalismo pone in crisi anche i livelli di vita liberi e dignitosi delle formazioni sociali medie (la casa acquistata che si rischia di perdere). Ai rischi del collasso del sistema in Italia e in Europa soprattutto si è provveduto a proteggere il risparmio residuo tutelando le banche, per quanto riguarda i mutui con il tetto stabilito per i mutui variabili (4%) con l'eccedente a carico dello Stato, soluzione che ricorda l'acquisto della proprietà agricola . (La Francia per certe fasce sociali prevede addirittura l'azzeramento dell'interesse). Si profila quindi quale effetto del liberalismo sfrenato un ritorno al protezionismo.

Oggi di fronte alla crisi profonda del sistema economico che ha investito soprattutto il potere di acquisto delle classi medie, rivelatasi del tutto illusoria la sostituzione dei valori salariali con un plusvalore virtuale costituito dal debito (mutui, carte di credito,...), il sistema politico reagisce con misure tendenzialmente protezionistiche.

Anche la globalizzazione è al suo tramonto e dalle stesse parole di Obama si prospetta un ritorno al protezionismo. Gli stessi benefici drogati che le Nazioni industrializzate avevano visto nel trasferimento di imprese, fabbriche, tecnologie ai Paesi in via di sviluppo per suggerne il minor costo del lavoro si avviano al tramonto, in quanto si sviluppa la consapevolezza del lavoratore soprattutto nei Paesi emergenti con l'evaporazione dei minori costi ed il risultato finale di un protezionismo che beneficerà solo i Paesi

che godono di un maggiore mercato in termini di collocazione e collocabilità del prodotto.

Tornando all'analisi svolta sulla nascita della codificazione del '42, l'operazione legislativa condotta nel corso dei lavori trova substrato ideologico nella giurisprudenza degli interessi (*Interessenjurisprudenz*), i cui orientamenti, nati nell'atmosfera del positivismo sociologico, si legano successivamente ai programmi del nazismo che ne sfrutta le tendenze anticoncettuali attraverso tecniche (solidarietà - buona fede - concordia sociale) che garantiscono la completa sottomissione dell'individuo al potere costituito.

Caratterizzante è il "dovere di solidarietà al sistema", che sollecita l'interprete ai programmi del regime, imponendogli di "operare sempre sul piano del diritto positivo, nell'orbita delle finalità che questo sanziona e secondo la logica che lo governa".

Si spiega il dibattito preliminare al codice sul tema della solidarietà, inteso a segnare limiti al diritto soggettivo. Si programma, invero, la "funzione sociale" della proprietà che intende conciliare il razionale sfruttamento del bene con il divieto dell'abuso del diritto, attenuandone il carattere "reale" per la tutela "sociale" del terzo non proprietario.

Anche nel settore dei contratti la strategia solidale avrebbe proposto la tutela dell'equilibrio patrimoniale degli interessi, per evitare l'ingiusto approfittamento di un contraente ai danni dell'altro, introducendo, anche, in via esclusiva, la considerazione dell'affidamento del terzo interessato alla vicenda.

Delle linee ispiratrici l'ideologia fascista recepisce soltanto aspetti pragmatici, che soddisfino il mito della "produttività" nei più eversivi simboli materialistici, respingendo o mistificando i contenuti etico-sociali che giustificavano il riordinamento sistematico. Così della "funzione sociale" della proprietà rimane soltanto l'aspetto impulsivo: dalla proprietà passiva, che parassitariamente gode i frutti della ricchezza, alla proprietà attiva che questi frutti aumenta e moltiplica. Si dissolve nella normativa il

richiamo alla “funzione sociale”. Ne rimane traccia nella Relazione al codice unicamente a riassumere il disegno di massimizzazione dell’attività del proprietario il quale “deve provvedere all’utilizzazione dei propri beni per garantire la massima produttività”.

Scompare l’abuso del diritto, quale regola di solidarietà intersoggettiva. Resta “l’atto emulativo”, divieto di compiere atti lesivi dell’interesse di altro proprietario, unicamente nell’ipotesi in cui l’azione non sia motivata da interessi che ne giustifichino l’esercizio: per cui è l’economicità dell’atto, l’interesse dell’agente a giustificare la giuridicità e a qualificarne la legittimità. Nel contempo si ribadisce la rigida efficacia “*erga omnes*” del diritto reale con la mera soggezione del terzo, “tributo alla organizzazione privata della produzione”. La solidarietà non opera, quindi, quale principio etico-sociale, ma come regola economica, che appresta adeguata copertura ideologica alla esclusiva ricerca del profitto individuale, nella rappresentazione della produttività quale “funzione di interesse nazionale”.

La solidarietà al sistema sancisce nel mondo del lavoro il tributo individuale all’interesse generale della produzione, espresso nell’obbligo della fedeltà del lavoratore (nell’auspicio, anzi, che tale requisito possa sostituirsi al principio di buona fede, quale mezzo imprescindibile per stabilire vincoli durevoli tra membri della medesima popolazione) inteso a mistificare il reale obiettivo della protezione del mondo imprenditoriale ed il consolidamento della supremazia capitalista. Si motiva il consenso delle classi industriali all’involuzione autoritaria ed all’economia autarchica e l’affidamento della borghesia tradizionale a criteri di “ordine” che garantiscano la conservazione dei privilegi.

La solidarietà al sistema incide anche sul regime di obbligazioni e contratti. Difatti, l’obiettivo della produttività “che elevi su ogni altra ragione l’interesse all’incremento della ricchezza nazionale” determina l’abbandono del dogma della volontà (e del suo modello, il negozio giuridico) a favore del contratto, inteso quale



regolamento di interessi, centro della vita degli affari. In esso i principi di correttezza, buona fede, collaborazione cedono di fronte alla visione integralista di autoresponsabilità e responsabilità all'ordine oggettivo, che riflette un "senso di responsabilità cui deve informarsi l'azione di coloro i quali compongono l'organismo nazionale.... Tale indirizzo conferisce sicurezza ai rapporti giuridici poiché fonda solidamente la loro esistenza e contenuto".

Nella prospettiva il soggetto viene responsabilizzato, in qualità di operatore economico, agli obblighi ed ai rischi insiti nell'esercizio dell'autonomia privata, valorizzandosi essenzialmente l'aspetto "produttivo" delle attività, in vicende certe e stabili. Il che influenza la sfera etico-sociale del comportamento. Infatti, nella misura in cui nel contratto venga limitata la protezione del soggetto incapace, in errore, debole o pusillanime (in ragione di un principio di "solidarietà al sistema), valorizzandosi regole di conservazione o di integrazione del contratto, si disincentiva l'attività di collaborazione che, non giustificata dal timore dell'eliminazione del vincolo, si proporrebbe nell'esclusivo interesse altrui; ed, anzi, si sollecitano azioni ai confini incerti dell'illecito.

La dottrina, invero, nella fase che accompagna i lavori per la formazione della nuova codificazione, appare consapevole del logoramento dei valori e della necessità di stabilire equilibri diversi ed articolati secondo modelli idonei a rivalutare, in scale di valori, gli interessi privati. L'attenzione dello studioso sollecita, in specie, una tutela della proprietà (non più statica) inserita dinamicamente nel sistema economico, garanzia dell'utilizzazione dei beni produttivi. Anche il settore delle obbligazioni e dei contratti – riservato convenzionalmente a scambi intersoggettivi ed a governo di operazioni micro-economiche – si presta ad inserimenti più significativi nel processo economico. La qualificazione socio-economica dell'autonomia privata, di là dalla valutazione soggettiva, sembra, infatti, imporre il ricorso a metri di valore idonei alla misurazione costante del governo di interessi.

Il che contraddice l'attualità nel dibattito preliminare al codice del tema della solidarietà, che avrebbe inteso invece segnalare limiti al potere di disposizione in funzione dell'altrui presenza umana. Si programma la "funzione sociale" della proprietà, in cui vorrebbe fondersi l'esigenza del razionale sfruttamento del bene all'abuso del diritto, quale equo temperamento sociale. Anche nel settore dei controlli la strategia solidale propone il tema del riordinamento del rapporto, attraverso la giusta considerazione del terzo estraneo alla vicenda e la tutela dell'equilibrio patrimoniale, al fine di escludere l'ingiusto approfittamento di un contraente ai danni dell'altro.

Nella disciplina della rescissione negoziale, dai lavori preparatori emergeva l'istanza di parte della dottrina intesa a costruire nella rescindibilità il cardine del principio di solidarietà tra le parti contraenti.

Dalla Relazione emergeva, in coerenza, l'impegno di predisporre formule normative idonee a costituire "la condanna e la sanzione dello spirito egoistico che possa eventualmente penetrare nei rapporti individuali in violazione dei doveri di solidarietà che devono animare il comportamento delle parti".

Tuttavia, anche in questa indicativa svolta, la scelta legislativa oscura profondamente la visione sociale ed etica della solidarietà. Difatti l'esigenza "di non alterare la forza obbligatoria dei contratti" implica l'abbandono dell'originaria proposta "di una norma generale che avesse autorizzato il riesame del contenuto del contratto per accertare l'entità o la proporzione della prestazione in essa dedotta". Si ricorre a formule ambigue in cui all'alterato dell'equilibrio patrimoniale concorrano stati soggettivi (di pericolo o di necessità).

La scelta involutiva viene spiegata con l'esigenza di far prevalere la sicurezza dei traffici sull'obiettivo di garantire l'equilibrio delle prestazioni. Soluzione coerente ad un sistema economico nel quale il contraente appare assolutamente libero (o addirittura sollecitato?) a far prevalere la personale esperienza sulle imperizie altrui; a far pesare nella bilancia delle prestazioni, il potere economico e la

scaltrezza di abile negoziatore: proprio a tal fine “non si sono considerate né la grave imperizia della parte danneggiata, né l’abuso della sua leggerezza”.

Per i profili attinenti al rapporto tra lavoro ed impresa, il Libro del lavoro esprime la concezione della responsabilità sociale del lavoratore nei confronti dell’imprenditore, nel clima della solidarietà corporativa che si ispira alla “coscienza” ed “autogoverno” della categoria, in vista “dell’organizzazione unitaria delle forze di produzione e della loro subordinazione agli interessi generali della produzione”.

Al vertice del sistema figura l’imprenditore, la cui responsabilità (art. 2089 c.c.) è garantire nel governo dell’impresa la compatibilità dell’interesse personale all’organizzazione della produzione; lo stesso legislatore si affretta ad affermare che trattasi di una responsabilità più apparente che reale in quanto l’eventuale accertamento deve “esser circondato di ogni garanzia e la determinazione delle sanzioni ispirata a “criteri di grande moderazione”.

Di fronte all’imprenditore il lavoratore si presenta sostanzialmente indifeso, un gioco repressivo teso ad alterarne i lineamenti della personalità individuale.

La ricostruzione fin qui operata mette in luce l’operatività del principio solidaristico sul piano più strettamente civilistico nell’orbita di un’analisi microeconomica, ferma al microcosmo del diritto soggettivo e dell’uguaglianza formale. La solidarietà a dimensione sociale, di cui ampiamente si darà lettura alla luce dell’architettura costituzionale, agisce nel più ampio contesto macroeconomico ed aprirà la strada alla grande illusione degli anni Settanta, frutto della “rivoluzione del ‘68”: è qui che se ne coglie la funzione di garanzia di obiettivi di legalità costituzionale e razionalità legislativa (cfr. disciplina fondiaria, rapporti agrari, indennizzo in materia di esproprio,...), con cui si offre vaglio empirico alle prime forme di bilanciamento tra solidarietà e sussidiarietà disegnate in Costituzione.



“Ovunque regnino l’ostilità ed il sospetto reciproco,  
gli individui ansiosi di ritrovare un habitat sicuro,  
tendono a scegliere un nemico comune  
a unire le forze in un atto di atrocità collettiva”.

RENÈ GIRARD  
 (“La teoria del cittadino pre-sociale”)

## CAPITOLO SECONDO

IL CODICE DEL '42: IL CONTRATTO E LA SOLIDARIETÀ DI RISULTATO  
QUALE SCELTA DI DIRITTO POSITIVO. LA COMUNE INTENZIONE E  
L’AFFIDAMENTO. IL REGOLAMENTO DI INTERESSI E LA PATOLOGIA  
NEGOZIALE. NUOVI PROFILI DELLA SOLIDARIETÀ E ASPETTI PROCESSUALI  
DELLA PARZIARIETÀ. LA SOLIDARIETÀ NELLE OBBLIGAZIONI CONDOMINIALI.

1. Il paradigma generale della solidarietà nella codificazione del '42. Certezza delle situazioni giuridiche, tutela e conservazione della circolazione dei beni: l'autonomia privata ed il contratto quali centro di vita degli affari - 2. La comunione di interessi nelle obbligazioni solidali. La solidarietà di risultato quale scelta di diritto positivo - 3. La parziarietà nelle obbligazioni solidali passive e attive e le ricadute processuali. Gli orientamenti della giurisprudenza - 4. Qualificazione processuale del coobbligato solidale non convenuto intervenuto nel giudizio sull'accertamento del credito - 5. La comune intenzione ed il regolamento di interessi quale centro nevralgico della tutela e connotato reciproco di autoresponsabilità e di responsabilità La solidarietà nella patologia contrattuale - 6. La solidarietà quale garanzia di risultato. Il nuovo volto della città: condominio e supercondominio. L'esternalizzazione dei servizi e la diversità dei risultati attesi dai singoli proprietari - 7. La solidarietà nelle obbligazioni condominiali. L'emersione della pluralità degli interessi e l'estensione della parziarietà - 8. Gli effetti esterni della solidarietà nel condominio alla luce della giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. Un., 8 aprile 2008, n. 9148). Il supercondominio: “la parziarietà nella parziarietà” - 9. Il frazionamento del credito e la solidarietà degli interessi nel rapporto obbligatorio quale criterio di buona fede integrativa del contratto : una lettura dell'art. 41 Cost.

1. Nel più ampio contesto della necessità di organizzazione e coordinamento di tutte le attività economiche in nome del principio fascista di unità economica nazionale, il Ministro Guardasigilli nella Relazione di accompagnamento al vigente codice civile, introduceva il regime delle obbligazioni e della tutela del credito quale presupposto di sviluppo dell'economia generale:

**554.** La difformità di regime tra obbligazioni civili e obbligazioni commerciali si presentava in contrasto con l'unità dell'organizzazione economica, che l'ordinamento fascista ha realizzato ponendo i vari fattori della produzione in un quadro di collaborazione, di interdipendenza e di solidarietà. Dovendosi rispecchiare questa realtà nuova nel campo giuridico dei rapporti patrimoniali, la vecchia disputa sull'unità del diritto delle obbligazioni rimaneva certamente superata sul piano politico dei principi proclamati dalla Rivoluzione fascista. La tendenza all'unità fu perciò realizzata, e non per ragioni esclusivamente tecniche, come in passato si era sostenuto.

**557.** Il nuovo codice, nel precipuo proposito di dare elementi per la pratica del rapporto obbligatorio, ha preferito di precisare il concetto della prestazione, nella quale si concreta l'oggetto dell'obbligazione. Lo ha delineato nell'art. 1174, ponendo come sue caratteristiche la patrimonialità e la corrispondenza ad un interesse anche morale del creditore (cfr. anche art. 1411, primo comma). Dopo ciò si dovrà ritenere che non vi è obbligazione quando il contenuto del correlativo dovere non abbia i caratteri della prestazione secondo l'art. 1174 c.c....

Si rinuncia così alla individuazione del concetto di obbligazione in ragione della centralità della prestazione, rilevandone il carattere di obiettivizzazione dello scopo perseguito formante l'interesse economico-sociale alla base del principio di solidarietà:

...Si noti che nell'art. 1174 c.c. si distingue l'interesse alla prestazione dalla prestazione medesima. L'interesse alla prestazione non deve essere necessariamente pecuniario, perché il diritto mira a realizzare e a tutelare anche le più alte idealità; basta che includa uno scopo ritenuto utile secondo l'apprezzamento predominante nella coscienza sociale, cioè indipendentemente dal giudizio subiettivo che ne possa fare il soggetto del rapporto.

2. Ci sembra a questo punto opportuno scendere nella disamina dell'operatività del principio solidaristico all'interno della disciplina delle obbligazioni partendo opportunamente dalle obbligazioni solidali.

Nella Relazione al codice civile la disciplina delle obbligazioni solidali è improntata al principio della pluralità dei vincoli intersoggettivamente coesi nel perseguimento di una "comunione" di interessi gradualmente determinabile in relazione alla fonte ed ai profili strutturali del rapporto:

**597.** Alla frammentaria trattazione che delle obbligazioni solidali faceva il codice del 1865, quello nuovo sostituisce una formulazione di principi organica e più completa.

Sostanzialmente è rimasta ripudiata la regola per cui ciascuno dei condebitori o dei concreditori deve considerarsi rappresentante degli altri; e, nella disciplina degli effetti, sugli altri obbligati o sui concreditori, dell'atto compiuto da uno di essi, il nuovo codice è partito dal principio per cui gli atti compiuti e i fatti verificatisi in confronto di un condebitore o di un creditore solidale non devono pregiudicare gli altri debitori o gli altri creditori in solido. In tal modo riceve conferma il principio della pluralità dei vincoli, che il codice del 1865 aveva disapplicato peraltro solo in alcuni casi (art. 2130 c.c.).

La pluralità dei vincoli non esclude una comunione di interessi tra i coobbligati...

...assai di frequente, là dove più debitori sono obbligati per un solo debito, essi sono legati intimamente da una comunione di interessi.

Nelle obbligazioni solidali il vincolo giuridico soggettivamente plurimo si traduce nella realizzazione di un fascio di rapporti speculari alla molteplicità degli interessi in gioco. L'unicità della prestazione (*eadem res debita*) può postulare l'identificazione delle obbligazioni in un'unica fonte (*eadem causa obligandi*) sia per gli aspetti causali che per quelli oggettivi. I profili strutturali dell'obbligazione si esprimono in termini relazionali tra la pluralità soggettiva e l'assetto di interessi perseguito.

La funzione della solidarietà si risolve in una duplice prospettiva: attiva, laddove la molteplicità soggettiva concerna la posizione creditoria; passiva, laddove ci si trovi in presenza di un gruppo debitorio. "Elemento unificante è il risultato", che non dipende dalla natura dell'obbligazione, sempre espressione del suo *genus*, ma da una scelta del legislatore coerente con l'impostazione del codice civile<sup>20</sup>, funzionale alla garanzia del risultato, alla certezza dei rapporti giuridici e della circolazione dei beni che abbiamo identificato nella "solidarietà di risultato", da noi assunta quale espressione concettuale (cui si rinvia) dell'operatività del principio solidaristico informante il sistema delle obbligazioni.

La differente prospettiva (attiva e passiva) si traduce a sua volta nel perseguimento di garanzie sostanziali variabili. Alla solidarietà passiva è ascrivibile una funzione rafforzativa e garantista del momento satisfattivo del credito. Nella misura in cui si valuti l'intrinseca ed organica operatività del principio in vista della tutela dell'interesse creditorio, le relazioni soggettive del rapporto obbligatorio entrano a pieno titolo nella suddetta "solidarietà di risultato".

---

<sup>20</sup> Si cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli 1943, riedito nel 2002 da ESI nella Collana Ristampe Università degli studi di Camerino n. 31, *passim*; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli 1983, *passim*; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1961, *passim*.



A sostegno di ciò il *dictum* della Suprema Corte: «la solidarietà passiva nel rapporto obbligatorio è prevista dal legislatore nell'interesse del creditore e serve a rafforzare il diritto di quest'ultimo consentendogli di ottenere l'adempimento dell'intera obbligazione da uno qualsiasi dei condebitori, mentre non ha alcuna influenza nei rapporti interni fra condebitori solidali fra i quali l'obbligazione si divide secondo quanto risulta dal titolo od, in mancanza in parti uguali. Omissis...»<sup>21</sup>.

Nelle obbligazioni solidali, in sostanza, opera la trasfusione del concetto etimologico di “solidarietà” assunto per rappresentare una figura fisica o meccanica (*solidum*); figura di volume e forma propria indipendente, nel cui interno si attua il principio della coesione di elementi molecolari o materiali, rigidamente o dinamicamente collegati l'un l'altro in un unico processo ottimale.

Trasferito questo principio nel mondo del diritto, per coesione di materia potrebbe intendersi il contatto tra sfere giuridiche diverse.

Tale criterio, logicamente accessibile, si traduce nella scelta legislativa compiuta nella funzionalizzazione del coagulo di interessi coinvolti nella vicenda obbligatoria solidale.

Si intende qui precisare che la solidarietà nasce all'interno dell'obbligazione, laddove la presenza di interessi plurimi viene legislativamente indirizzata all'amalgama degli stessi nel perseguimento del risultato. L'ordinamento giuridico pur di fronte alla molteplicità di interessi parziari componenti la vita dell'obbligazione opera un giudizio di prevalenza della “fusione a freddo” di interessi in funzione del risultato perseguito: il regolamento di interessi ne esce rafforzato (si vedrà invece che lo stesso principio solidaristico applicato nella sfera costituzionale dei rapporti civilistici si traduce in una situazione di imposizioni operanti dall'esterno ai fini di garantire il consenso sociale e la tutela del soggetto considerato non privilegiato (debole) del rapporto; il che può influenzare le situazioni giuridiche contrapposte, che ne

---

<sup>21</sup> Cass.22 novembre 1985, n. 5802, in *Dvd Juris Data*.

risultano condizionate, con modifica dell'assetto di interessi perseguito. Si consideri, a titolo esemplificativo, la vicenda legislativa dell'equo canone, di cui ampiamente si tratterà in seguito).

L'agevole e sicura realizzazione del diritto del creditore<sup>22</sup> quale funzione tipica e pratica del vincolo solidaristico tra i condebitori è corroborata dalla previsione legislativa di cui all'art. 1294 c.c.: la comunicabilità e la permeabilità tra le posizioni soggettive è funzionale al perseguimento del risultato. Sul punto la Relazione al codice civile svolge una funzione chiarificatrice:

**598.** Una serie di disposizioni testuali è precisamente ispirata dal principio della non comunicabilità degli atti pregiudizievoli e dell'estensione di quelli vantaggiosi.

Si tratta di atti o di fatti le cui caratteristiche obiettive permettono di stabilire a priori se essi possono nuocere o giovare ai soggetti del rapporto. In altri casi invece tale accertamento non può compiersi in via assoluta o preventiva; ed allora altra soluzione non vi era se non quella di escludere, in linea di massima, l'effetto estensivo, lasciando agli interessati la valutazione del proprio interesse e quindi la facoltà di opporre gli atti o i fatti in parola, se li ritengono idonei a recare giovamento alla propria sfera. A questo criterio sono informate le norme degli artt. 1304 e 1306, concernenti rispettivamente la transazione conclusa e la sentenza emessa nei confronti di uno dei debitori in solido. Il criterio è assoluto per la transazione, in alcuni casi è temperato per la sentenza. Così, quando la sentenza è fondata su eccezioni personali al condebitore, la sua efficacia non va oltre la persona di questo; ed ancora, se il creditore si avvale di una sentenza ottenuta da un concreditore, il debitore può sempre opporgli le eccezioni personali (art. 1306, secondo comma).

---

<sup>22</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Collana Saggi e documenti di diritto civile, Padova 1992, *passim*.

Argomenti a sostegno dell'operatività della solidarietà in prospettiva del risultato da conseguire si riscontrano in quegli orientamenti dottrinali che in passato<sup>23</sup> avevano ravvisato nella solidarietà una forma di fideiussione reciproca, in cui ciascun debitore figurava come tale per la sua quota e contestualmente garante per le quote altrui. Seguendo siffatta impostazione venivano a crearsi elementi comuni costitutivi di una solidarietà moderna tra i principi generali dell'obbligazione e quelli informanti l'istituto della fideiussione. Sempre in vista del risultato da perseguire si pongono la teoria del debito e della responsabilità (Carnelutti), nonché la configurabilità di rapporti di reciproca rappresentanza e mandato<sup>24</sup>.

Al di là della condivisibilità o meno delle indicate teorie<sup>25</sup>, ciò che rileva ai fini della nostra indagine è la valutazione dello sforzo compiuto negli anni dalla dottrina per l'avvicinamento della funzione del principio *de quo* agli aspetti pratici della realizzazione dell'assetto di interessi tutelato: il "risultato".

D'altra parte, sebbene non sia direttamente ravvisabile la medesima *ratio* empirica della solidarietà dal lato attivo in quella appena esaminata circa il rafforzamento e la pronta realizzazione del credito tipica della solidarietà fra condebitori, evidente ne è la funzione della conseguibilità del risultato, nei termini in cui si avvantaggia il debitore a liberarsi eseguendo l'intera prestazione ad uno dei concreditori ed i concreditori nella non necessità di intervento, una volta che ha agito uno di essi<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, IV. Le obbligazioni*, Milano 1975, p.76 ss.

<sup>24</sup> G. PACCHIONI, *Elementi di diritto civile*, Torino 1926, *passim*.

<sup>25</sup> Diverse sono state le puntualizzazioni in ordine alle differenze ontologiche intercorrenti tra solidarietà codebitoria e funzione di garanzia fideiussoria in senso tecnico nei termini di differenziazione della causa dei due fenomeni giuridici, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV. L'obbligazione*, Milano 2004, p. 694 ss.

<sup>26</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV. L'obbligazione*, cit.; si cfr. inoltre M. GIORGIANNI, *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Torino 1965, *passim*; G. GROSSO, *Teoria generale delle Obbligazioni e dei Contratti*, Milano 1966, *passim*.

Si vuol qui osservare che l'interesse avvantaggiato non aprioristicamente identificabile (come nella solidarietà passiva: si pensi all'elemento della mancata previsione legislativa in ordine alla presunzione solidale attiva) nei rapporti obbligatori connotati dal regime di solidarietà attiva, non esula dall'ambito della categoria della "solidarietà di risultato", da noi assunta a scopo configurativo dell'operatività funzionale del principio.

Intendiamo assumere che se nel concreto non è detto che la solidarietà attiva avvantaggi la posizione creditoria (es. pagamento del credito verso l'originario debitore si converte in quote verso il creditore che ha ricevuto l'adempimento) in ogni caso il legislatore ha aderito alla funzione del principio solidaristico che dispiega la sua forza nella realizzazione del risultato.

3. Potrebbe sembrare non giustificato che nella definizione della solidarietà si parta dall'area della responsabilità e dai relativi criteri soggettivi di imputazione ma *a contrario* riteniamo che nell'ottica da noi perseguita (quella degli interessi e della loro iniziale fusione) sia proprio il momento del danno ad evidenziare quali siano i reali interessi in gioco, la loro consistenza soggettiva, evidenziandone anche un elemento che potrebbe apparire oscurato dall'unicità del rapporto, cioè dalla "reale" parziarietà delle situazioni soggettive.

«Quando un medesimo danno è provocato da più soggetti, per inadempimenti di contratti diversi, intercorsi rispettivamente tra ciascuno di essi ed il danneggiato, tali soggetti devono essere considerati corresponsabili in solido, non tanto sulla base dell'estensione alla responsabilità contrattuale della norma dell'art.2055 c.c., dettata per la responsabilità extracontrattuale, quanto perché sia in tema di responsabilità contrattuale che di responsabilità extracontrattuale, se un unico evento dannoso è imputabile a più persone, al fine di ritenere la responsabilità di tutte nell'obbligo risarcitorio, è sufficiente in base ai principi stessi che regolano il nesso di causalità ed il concorso di più cause efficienti nella produzione dell'evento (dei quali, del resto, l'art. 2055

costituisce una esplicitazione), che le azioni od omissioni di ciascuno abbiano concorso **in modo efficiente**<sup>27</sup> a produrlo, dovendosi, inoltre, escludere che una delle persone responsabili possa rispondere in via soltanto sussidiaria rispetto alle altre, in difetto in tale senso di una norma di legge o di una volontà convenzionale». Sulla base di tali principi, con riguardo ad un caso, nel quale l'acquirente per atto pubblico notarile di un immobile, a seguito della dichiarazione di inefficacia della vendita, per l'esistenza a carico del suo venditore della pregressa trascrizione di una sentenza che dichiarava inefficace il titolo di acquisto dello stesso, aveva chiesto la condanna solidale al risarcimento del danno del venditore e del notaio rogante per non avere questi segnalato la presenza della trascrizione pregiudizievole, la Suprema Corte ha ritenuto che detti soggetti dovessero rispondere solidalmente del danno, in quanto causato dai rispettivi inadempimenti contrattuali del contratto di compravendita e del contratto d'opera professionale ed ha anche escluso, in assenza di una previsione normativa o convenzionale di sussidiarietà della responsabilità del notaio, che questi dovesse rispondere soltanto nel caso che il danno non fosse stato risarcito dal venditore<sup>28</sup>.

La libera scelta del creditore non esclude l'articolazione di un rapporto complesso per **concorso di efficienza (solidarietà)**, complessità che ontologicamente non figurerebbe, ma che viene funzionalmente a crearsi, quando nella fase tra la scelta e l'adempimento concorre un'attività (determinante) di un soggetto diverso dal prescelto o quando la scelta del soggetto operata dal creditore introduca necessariamente ai fini dell'adempimento (cioè del risultato e degli interessi perseguiti) un'attività necessaria di altro debitore solidale (ipotesi di una prestazione il cui oggetto sia delocalizzato rispetto al debitore prescelto e sia nella disponibilità esclusiva dell'altro coobbligato).

---

<sup>27</sup> In grassetto i termini giurisprudenziali particolarmente collegati all'oggetto dell'indagine.

<sup>28</sup> Cass., 15 giugno 1999, n. 5946, *Dvd Juris data*.

Il concorso di efficienza potrebbe determinare una divaricazione nell'azione del creditore che potrebbe agire o nei confronti del soggetto prevalentemente responsabile anche se non scelto a priori o dar luogo ad un concorso di responsabilità (soggetto prescelto più colui che ha concorso all'inadempimento).

Di qui una conseguenza processuale di non poco momento: l'onere probatorio del soggetto prescelto si concretizza nella dimostrazione di responsabilità di altro soggetto: si crea solidarietà fra due soggetti passivi e concorso di responsabilità o responsabilità alternativa del soggetto non prescelto.

Anche nella solidarietà passiva è insito il paradigma della parziarietà perché anche la scelta può dar luogo a responsabilità che mettano in luce la parziarietà dell'obbligazione, specie laddove esigenze empiriche di ordine logistico “consiglierebbero” soluzioni soddisfattorie differenti.

«**La responsabilità solidale, contrattuale o extracontrattuale** (artt. 1292 e 2055 c.c.), sussiste anche se l'evento dannoso è imputabile a **fatti illeciti succedutisi nel tempo e commessi da più persone**, purchè ciascuno di essi **abbia concorso a determinarlo con efficacia di concausa**. È perciò irrilevante nel rapporto tra danneggiato e danneggiante la diseguale efficienza causale delle singole condotte o la diversa gravità delle colpe dei corresponsabili, rilevante invece nei rapporti interni per la ripartizione dell'onere risarcitorio tra loro (art. 1292 c.c., comma 1 e 2055 c.c., comma 2,c.c.)<sup>29</sup>».

A nostro avviso, coerentemente con l'orientamento prospettato in ordine alla natura di scelta legislativa positiva di solidarietà nell'ontologia della parziarietà dell'obbligazione, la differente graduazione di responsabilità in relazione di diretta proporzionalità con i contributi causali determinanti l'evento dannoso dovrebbe operare naturalmente nell'ambito dei rapporti esterni, non essendo

---

<sup>29</sup> Cass. 10 dicembre 1996, n. 10987, in *Dvd Juris data*.

la solidarietà un *genus* afferente la natura delle obbligazioni e configurandosi la parziarietà quale dato strutturale del rapporto, conseguentemente operante verso l'esterno.

L'osservazione porta alla configurabilità di concorsi diversi di solidarietà in ordine anche alle potenzialità dell'adempimento. Fino ad un certo punto esiste la possibilità di scelta del creditore orientata da situazioni diverse che ne contrassegnano l'interesse. L'insistenza dell'esercizio dello *ius eligendi* verso un soggetto che per ragioni finanche logistiche sia potenzialmente meno idoneo alla realizzazione della fase satisfattiva incide in termini di attenuazione non solo delle ipotesi di inadempimento ma anche di valutazione dell'entità del danno eventualmente risarcibile per un concorso di responsabilità.

E ciò in ragione della valorizzazione degli interessi che animano la situazione giuridica: non è il diritto soggettivo, la situazione soggettiva a costituire un valore assoluto perseguibile, ma l'interesse meritevole di tutela a determinare la portata assiologia della vicenda giuridica. È il criterio intersoggettivo di ragionevolezza che qualifica l'*iter* di valutazione solidale.

La ragionevolezza è un criterio che personalizza il giudizio e non va confuso con la razionalità che, come vedremo, è un principio sovraordinato che opera nel bilanciamento tra razionalità legislativa (nella legalità costituzionale) e sostenibilità economica.

Il concorso di solidarietà in vista del legame indissolubile tra gli interessi emerge chiaramente nella Relazione al codice civile:

**558.** Il codice civile, pur considerando preminente la posizione del creditore, ha ritenuto, nell'art. 1175 c.c., di imporgli un dovere di correttezza, e di parificarne la situazione, da tal riflesso, a quella fatta dal debitore: il debitore, per il medesimo art. 1175 c.c., è infatti tenuto a identico contegno.

La correttezza è uno stile morale della persona, che indica spirito di lealtà, abito virile di fermezza, di chiarezza e di coerenza, fedeltà e rispetto a quei doveri che, secondo la coscienza generale, devono

essere osservati nei rapporti tra consociati. Ma la correttezza che impone l'art.1175 c.c. citato non è soltanto un generico dovere di condotta morale; è un dovere giuridico qualificato dall'osservanza dei principi di solidarietà corporativa a cui il codice, nell'articolo richiamato, espressamente rinvia. Questo dovere di solidarietà nasce e deve nascere dal fatto di sentirsi membri, con pari dignità morale, di quel grande organismo che è la società nazionale; esso non è che il dovere di comportarsi in modo da non ledere l'interesse altrui fuori dei limiti della legittima tutela dell'interesse proprio. Il conflitto tra contrastanti interessi individuali rimane risolto sul terreno di un preciso adeguamento reciproco, dominato e chiarito dalla calda luce della dottrina fascista, che lega gli interessi di tutti in unione indissolubile.

Si suole parlare di solidarietà degli interessi della produzione o di solidarietà tra i fattori della produzione; ma la solidarietà tra singoli interessi individuali è un'ulteriore conseguenza della concezione unitaria della Nazione, consacrata nella dichiarazione I della Carta del lavoro. L'interesse privato, in una legge di coordinamento e di collaborazione, quale è quella che si trae dal principio corporativo, deve animarsi delle ragioni della generalità, per conciliarsi con l'interesse degli altri soggetti. Da ciò l'assunzione, nel rapporto obbligatorio, si affievolisce in questo ogni dato egoistico, e si richiama nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore.

Quale sia in concreto il contenuto del dovere di correttezza<sup>30</sup> il nuovo codice non dice, avendo preferito una formula elastica che ammette adattamenti con riferimento a singole situazioni di fatto; e così quando incide, ad esempio, nell'orbita di rapporti professionali è ovvio che la sua nozione si precisa alla stregua degli usi relativi all'attività alla quale si deve aver riguardo nell'ipotesi specifica (art. 2598 n.3 c.c.)

---

<sup>30</sup> Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Saggi di diritto civile*, Napoli 1961, *passim*.



Riteniamo opportuno qui evidenziare – ma il discorso sarà ampiamente articolato – che oltre che in riferimento alle eccezioni personali, la presenza plurima di situazioni soggettive può determinare una serie di effetti sostanziali che giocano sia sull'iter dell'adempimento che sulla responsabilità. Ci riferiamo in modo particolare alle varie ipotesi di offerta di modificazione del contratto, rettifica, riduzione ad equità (artt. 1432 c.c., 1450, 1467 n.3 c.c. ...) per evitare la risoluzione, in relazione a situazioni plurisoggettive afferenti il contenuto di un contratto (dove la solidarietà opera intersoggettivamente), in cui potrebbe rilevare in modo determinante l'azione processuale o anche l'intervento di altro debitore solidale.

Su tali aspetti la Relazione al codice civile si rivela illuminante:

**599.** Vi sono inoltre fatti che, per la loro essenza, non sono suscettibili di estensione oltre la sfera di coloro nei cui confronti si verificano. Tale è la sospensione della prescrizione, che è conseguenza sempre di una situazione giuridica particolare al soggetto nel cui favore è disposta: l'effetto di essa perciò non si comunica (art. 1310, secondo comma).

Altri fatti o atti, per quanto personali ad uno dei condebitori, incidono sul debito riducendolo, e allora giovano a tutti i debitori; così, la novazione (art. 1300, primo comma), la remissione (art. 1301, primo comma), la compensazione (art. 1302, primo comma), la confusione (art. 1303, primo comma), quando riguardano soltanto uno dei debitori o uno dei creditori in solido, in realtà estinguono il debito per la parte corrispondente all'interesse che avevano, nel vincolo solidale, il debitore o il creditore nei cui confronti l'atto o il fatto si è compiuto.

Da ciò l'altro principio per cui i fatti e gli atti che concernono l'esistenza e la quantità del credito si riflettono pienamente nella sfera di tutti i soggetti del rapporto solidale, per quanto si siano spiegati verso uno solo di essi (artt. 1300 secondo comma, e 1301, primo comma). La novazione e la remissione di tutto il debito fatte

nei confronti di uno solo dei debitori, non avrebbero senso se non estendessero le loro conseguenze verso gli altri: il debitore liberato sarebbe invero tenuto in via di regresso verso i condebitori, se costoro rimanessero ugualmente obbligati non ostante l'intervenuta novazione o la remissione.

Circa la presunzione di solidarietà<sup>31</sup>, su cui ci si è precedentemente soffermati, occorre precisare che non è stata portata alle estreme conseguenze per quel che riguarda il lato passivo del rapporto obbligatorio, escludendola laddove la comunione di interessi fra più debitori non si sarebbe potuta legittimamente supporre come normale – ci si riferisce alle ipotesi di parziarietà del debito tra gli eredi (art. 1295 c.c.), di sussidiarietà dell'obbligazione del delegante nella delegazione cumulativa (art. 1268, secondo comma) e del cedente nella cessione del contratto (art. 1408, secondo comma); la solidarietà attiva, invece, come su evidenziato, è svincolata dalla scelta legislativa presuntiva:

«La solidarietà attiva nelle obbligazioni non si presume, nemmeno in caso di identità della *res debita*, ma deve risultare espressamente dalla legge o dal titolo<sup>32</sup>.

La solidarietà attiva fra più creditori sussiste solo se espressamente prevista in **un titolo negoziale preesistente** alla richiesta di adempimento, non essendo sufficiente all'esistenza del vincolo l'identità qualitativa delle prestazioni (*eadem res debita*) e delle obbligazioni (*eadem causa debendi*). **L'interesse a negare detta solidarietà non è attribuibile esclusivamente a ciascuno dei creditori, ma appartiene anche al debitore ai fini di un corretto e non pregiudizievole assetto dei rapporti obbligatori (vedi artt. 1297, comma 2, c.c. limitativo della proponibilità delle eccezioni personali)**, giacchè nelle ipotesi di solidarietà attiva il comune debitore non potrebbe opporre al creditore che

---

<sup>31</sup> F.D. BUSNELLI, *Le obbligazioni soggettivamente complesse*, Milano 1974, *passim*.

<sup>32</sup> Cass. 11 agosto 2000, n.10725, in *Dvd Juris data*.

gli abbia chiesto l'intera prestazione le eccezioni personali ad altro creditore e che a questo il debitore medesimo avrebbe potuto, invece, opporre, nel caso di obbligazione parziale, il cui adempimento egli per la sua parte avrebbe richiesto<sup>33</sup>».

Dalle pronunce della Suprema Corte si evince la specificazione della necessità di esternazione della volontà costitutiva della scelta solidaristica del regime di operatività dei rapporti obbligatori plurimi dal lato attivo, il che ha posto interrogativi in ordine alle modalità espressive della fonte solidale. Sul punto non è dato rinvenire orientamenti univoci e se in talune situazioni la giurisprudenza di legittimità ha limitato l'utilizzo di forme equivoche (In tema di solidarietà attiva il vincolo solidale non si presume ma richiede **uno specifico patto**, e, pertanto, **detto vincolo non può dedursi da una clausola che si limiti a conferire a uno dei creditori il potere di rappresentanza** degli altri<sup>34</sup>.), non mancano indirizzi privilegianti aspetti sostanziali, quali l'empirica verifica dell'atteggiamento volitivo delle parti, rispetto a criteri di più certa formalizzazione esterna (Al fine della ricorrenza della solidarietà attiva, in forza di titolo negoziale, in un rapporto obbligatorio con identità di oggetto e di causa, e con pluralità di creditori, non sono necessarie clausole espresse o formule sacramentali, ma è sufficiente che, attraverso l'interpretazione di quel titolo, possa accertarsi univocamente la volontà delle parti di attribuire a ciascuno dei creditori il diritto di pretendere l'adempimento dell'intera obbligazione, con effetto liberatorio anche nei confronti degli altri creditori<sup>35</sup>).

Ebbene, a noi sembra più coerente con la ratio sottesa al dato positivo della mancata previsione presuntiva della solidarietà attiva, accogliere l'indirizzo giurisprudenziale a sostegno della necessità di

---

<sup>33</sup> Cass., 29 maggio 1998; conforme Cass., sez. III, 3 ottobre 2007, n. 20761, in *Dvd Utet*.

<sup>34</sup> Cass. 11 gennaio 1986, n. 103, in *Dvd Utet*.

<sup>35</sup> Cass. S.U. 25 ottobre 1979, n. 5572, in *Dvd Utet*.

cristallizzazione inequivoca ed espressa del consenso delle parti all'operatività del regime solidale.

E ciò sia in relazione alla portata assiologia degli effetti, specie sull'adempimento, ricollegabili alla preventiva previsione pattizia del vincolo (si consideri l'effetto liberatorio, ecc.), sia perché riteniamo l'espressa formulazione una funzione che specifica l'interesse all'interno del rapporto solidale (e questa è la ragione per cui escludiamo possa ascriversi alla stessa la natura di potere di rappresentanza, cfr. sent che esclude la rappresentanza).

Aspetti processuali:

«Non ricorre un'ipotesi di litisconsorzio necessario quando la causa ha ad oggetto un'obbligazione solidale, poiché la struttura del rapporto consente ad ogni creditore di esigere – e obbliga ciascun debitore a corrispondere – l'intero. (Nella specie è stata esclusa l'applicabilità dell'art. 102 c.p.c. alla causa intentata nei confronti di uno soltanto dei presunti responsabili di illeciti commessi mediante assegni bancari, fonte di dissesto contabile di una banca)<sup>36</sup>».

«Il principio secondo cui, nel processo con pluralità di parti, la notifica della sentenza eseguita ad istanza di una sola delle parti segna, nei confronti della stessa e della destinataria della notificazione, l'inizio del termine per la proposizione dell'impugnazione contro tutte le altre parti, non è applicabile nel caso in cui si verta in tema di obbligazione solidale passiva, perché questa non comporta sul piano processuale l'inscindibilità delle cause e non dà luogo a litisconsorzio necessario, in quanto, avendo il creditore titolo per rivalersi per intero nei confronti di ogni debitore, è sempre possibile la scissione del rapporto processuale. Infatti, nell'ipotesi di cause scindibili o comunque indipendenti, poiché all'interesse sostanziale di ciascuna parte corrisponde un interesse autonomo alla impugnazione, il termine per proporla non può essere unitario, ma decorre dalla data delle

---

<sup>36</sup> Cass., sez III, 27 giugno 2007, n.14844, in *Dvd Utet*.

singole notificazioni a ciascuno dei titolari dei diversi rapporti definiti con l'unica sentenza<sup>37</sup>».

Dagli aspetti processuali messi in rilievo nelle pronunce emerge un dato inequivocabile.

Nella solidarietà echeggia sempre la parziarietà: è una scelta che il legislatore compie, ma ben consapevole che dietro la stessa si celano una serie di elementi di parziarietà; dunque non è un “*genus* afferente la natura delle obbligazioni”, ma è una “scelta di diritto positivo” compiuta dal legislatore.

Nel processo tale carattere viene in evidente rilievo: cade il velo della positività del diritto sostanziale, il legislatore riporta in luce la naturale parziarietà, il fascio di interessi soggettivamente plurimi.

A corroborare siffatta osservazione soccorrono ulteriori argomenti giurisprudenziali evidenziando le conseguenze di una rigida ed aprioristica condivisione solidaristica del vincolo sul piano genetico e non funzionale:

«In caso di stipulazione di un preliminare di vendita di bene in comunione pro indiviso sussistono i presupposti dell'obbligazione solidale passiva, e cioè la pluralità dei soggetti, l'identità della prestazione cui sono tenuti i soggetti (la prestazione del consenso alla stipula del contratto definitivo di vendita) e l'identità della fonte dell'obbligazione (il contratto preliminare stipulato), non rimanendo essa esclusa in ragione della eventuale disparità delle quote ideali in titolarità dei medesimi, aspetto questo concernente solamente il rapporto (interno) tra di essi intercorrente – valendo a segnare la proporzione dei reciproci diritti in caso di adempimento solamente da parte di uno o alcuni – e non anche quello (esterno) con i creditori»<sup>38</sup>.

A nostro avviso, nella fase intercorrente tra la stipulazione del contratto preliminare ed il contratto definitivo possono sorgere – lo vedremo meglio in seguito – una serie di eventi modificativi delle vicende soggettive, diversificandole: la rigida adesione al vincolo

---

<sup>37</sup> Cass., sez III, 10 gennaio 2008, n. 239, in *Dvd Utet*.

<sup>38</sup> Cass. 11 marzo 2004, n.4965, in *Dvd Utet*.

solidaristico, inteso quale *genus* afferente la natura degli elementi strutturali dell'obbligazione, avrebbe l'effetto di blindare le situazioni giuridiche soggettive, obliterando il dato funzionale della loro evoluzione, cui a nostro avviso va ascritta la *ratio* della solidarietà quale scelta di diritto positivo.

E ciò sempre in conseguenza della primazia degli interessi meritevoli di tutela rispetto ad elementi di esclusiva rilevanza individuale, che rendono indispensabili giudizi di valore in ordine al bilanciamento delle situazioni giuridiche coinvolte: se, nella considerazione dei profili sostanziali della vicenda prevale la parziarietà, è il valore della più agevole soddisfazione del credito a cedere. Intendiamo sostenere che si rende necessaria una valutazione di compatibilità tra la scelta del vincolo solidale e la naturale parziarietà dell'obbligazione.

Ulteriori argomenti *ad adiuvandum* della natura di scelta di diritto positivo della solidarietà ed alla conseguente possibilità di graduazione della stessa in relazione alle contingenze empiriche che venissero a coinvolgere le situazioni soggettive interessate si ritrovano nelle pronunce giurisprudenziali in tema di divisibilità tra gli eredi, laddove occorra valutare l'incidenza del fatto storico della morte del *de cuius* sul vincolo della solidarietà. Ebbene, la Suprema Corte, trovatasi a decidere recentemente sul punto, tra l'altro a Sezioni Unite<sup>39</sup>, si è espressa nel senso della configurabilità di singole azioni individuali dei partecipanti alla comunione ereditaria per far valere l'intero credito comune, o la sola parte proporzionale alla quota ereditaria, senza necessità di integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti gli altri coeredi, ferma la possibilità per il convenuto debitore di richiedere l'intervento di questi ultimi, laddove figurasse l'interesse all'accertamento nei confronti di tutti della sussistenza o meno del credito. Esigenze di ordine cognitivo potrebbero pertanto rendere necessaria l'integrazione, che non è dunque naturale conseguenza di una rigida

---

<sup>39</sup> Cass. S. U., 28 novembre 2007, n. 24657, in *Dvd Utet*.

adesione all'esistenza del vincolo solidale. Richiamiamo le considerazioni relative alla patologia precedentemente formulate.

La naturale parziarietà, quale dato genetico dell'obbligazione traspare, inoltre, anche dalla mancata inscindibilità ascrivibile al rapporto derivante dalla successione *mortis causa* di più eredi nel lato passivo: il frazionamento *pro quota* dell'originario debito del *de cuius* fra gli aventi causa è la trasposizione sostanziale della parziarietà della posizione giuridica che produce l'immediata conseguenza processuale della scindibilità fra le cause: il rapporto che si produce non è unico e nell'ipotesi di giudizio instaurato per il pagamento non si determina litisconsorzio necessario tra gli eredi del debitore defunto, né in primo grado, né nelle fasi di gravame, neppure sotto il profilo della dipendenza di cause<sup>40</sup>.

Alla stessa conclusione sul piano sostanziale si perviene seguendo il ragionamento processuale condotto dalla Suprema Corte escludente il vizio di extrapetizione della pronuncia del giudice di merito che, in giudizio per il pagamento di un debito ereditario da parte di più eredi in solido, abbia, su eccezione degli stessi, pur in assenza di richiesta del creditore, condannato gli eredi in proporzione delle rispettive quote, anziché solidalmente tra loro.

4. «Con riguardo ad obbligazione solidale passiva, come il creditore può, a sua scelta, agire contro alcuni soltanto dei debitori solidali, il debitore non convenuto in giudizio può intervenire volontariamente, assumendo la posizione e i poteri dell'**interveniente volontario adesivo autonomo**, in quanto, chiedendo l'accertamento negativo dell'asserito debito, fa valere, pur aderendo alle ragioni del convenuto, un **proprio autonomo diritto** nei confronti dell'attore-creditore; senza che a tale qualificazione della presenza in giudizio del debitore solidale sia di ostacolo il tenore formale dell'atto di costituzione dello stesso spettando al giudice procedere alla qualificazione medesima, in base all'oggettiva

---

<sup>40</sup> cfr. Cass., 27 gennaio 1998, n. 785, in *Dvd Juris Data*.

situazione sostanziale dedotta dalla parte, senza essere vincolato alla denominazione da questa indicata»<sup>41</sup>.

«Si hanno ipotesi di intervento volontario autonomo:

- 1) Nel caso di intervento spiegato da un condomino nella causa promossa dall'amministratore del condominio che riguardi parti comuni dell'edificio condominiale<sup>42</sup>.
- 2) Così come nel caso di più parti danneggiate nel medesimo sinistro, ciascuna di esse può intervenire volontariamente nel giudizio promosso da uno soltanto dei danneggiati, ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.c., allo scopo di far valere il proprio autonomo diritto al relativo risarcimento»<sup>43</sup>.

5. A questo punto si rende indispensabile una chiarificazione in ordine al passaggio logico-istuzionale da noi operato nell'analisi applicativa del principio di solidarietà. Intendiamo cioè precisare che laddove l'attenzione è stata orientata allo studio della fenomenologia giuridica del principio rispetto alle ipotesi di modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio, le osservazioni muovevano nell'area dell'obbligazione semplice; lo sviluppo del vincolo solidale sul piano processuale alla luce dei peculiari effetti sostanziali della naturale parziarietà dell'obbligazione ha sollevato questioni operative sull'eventuale dinamica dei poteri contrattuali azionabili dal singolo coobbligato interveniente, finanche per sole esigenze cognitive, nella vicenda processuale.

È qui che avviene una trasposizione di piani: dall'area dell'obbligazione semplice il discorso è traslato all'area operativa del contratto<sup>44</sup>. Le conseguenze sull'incidenza del principio di

---

<sup>41</sup> Cass. 8 luglio 1995, n. 7508, in *Cd rom Utet*.

<sup>42</sup> Cass. 23 giugno 1976, n. 2341; Cass. 6 agosto 1999, n. 8479, in *Dvd Juris data*.

<sup>43</sup> Cass., 21 luglio 2000, n. 9566, in *Dvd Juris data*.

<sup>44</sup> M. ALLARA, *Teoria generale del contratto*, Torino 1943, *passim*.



solidarietà si pongono dunque *in primis* sul piano funzionale del risultato conseguibile.

Il vincolo solidale tra le situazioni giuridiche soggettive non viene più in rilievo rispetto alla prestazione ma va ad operare sull'elemento ontologico del contratto della "comune intenzione" delle parti: i profili soggettivi del debitore e del creditore si ampliano alle qualificazioni giuridiche di contraente singolo e contraente "plurimo" (espressione di una molteplicità di interessi solidalmente coesi, seppur singolarmente considerabili nelle interne differenze).

La rappresentatività della parte quale autonomo centro di interessi giuridicamente rilevante impone il superamento esterno dei profili di naturale parzialità dell'obbligazione nei rapporti interni costitutivi della posizione giuridica del contraente plurimo, in ragione di esigenze superindividuali di tutela dell'interesse perseguito, dialetticamente contrapposto a quello dell'interlocutore contrattuale.

Sia il soggetto singolo sia colui che agisce in una situazione giuridica di pluralità di vicende soggettive formano due soggetti contrattuali: in condizioni di patologia negoziale, precedentemente richiamate, laddove si configurasse l'interesse alla permanenza del rapporto contrattuale da parte del soggetto processualmente coinvolto che sia nel sostanziale potere di incidere in tal senso, la comunicabilità tra le posizioni giuridiche soggettive solidalmente vincolate si rende indispensabile. Entrando nel merito di un istituto sottovalutato dalla dottrina ai fini della valutazione dell'assetto di interessi perseguito in situazioni di patologia negoziale, soffermiamoci sull'offerta di modificazione del contratto. L'art. 1432 c.c. dispone che la parte convenuta in giudizio nel nostro caso rappresentata da un soggetto plurimo può offrire individualmente una modificazione del contenuto del contratto sì da riportarlo all'assetto oggettivamente definito nell'incontro di volontà. In questo caso per evitare che altro contraente solidale possa in seguito muovergli eccezione, può richiedere al magistrato

l'estensione di congruità della modifica. Egli potrà anche giustificare l'esigenza di tale intervento con le modalità dell'esecuzione che potrebbero essere meno onerose o addirittura necessitate in quanto è la parte non convenuta che avrebbe potuto, nell'ipotesi formulata, ragionevolmente eseguire la prestazione (il che può essere dovuto a situazioni logistiche o alla particolare organizzazione delle modalità esecutive). L'intervento, come già visto, può essere anche direttamente offerto dal soggetto non convenuto che ritenga, sempre nell'ambito della "comune intenzione", che vada conservata l'efficacia del contratto.

Per la rescissione l'esempio classico può essere fatto riferendoci ad uno stato di pericolo (uno sciatore bloccato in alta montagna) che richieda un intervento specializzato nello specifico caso empirico che viene a verificarsi (nel nostro esempio una società privata, elicottero, gatto delle nevi,...); intervento sproporzionatamente quantificato rispetto al comune verificarsi di eventi della medesima natura (la società richiede una somma sproporzionata a quanto normalmente offerto al pubblico). Nel caso considerato, in presenza di più soci, il convenuto potrà proporre la riduzione ad equità commisurandola agli altri soci, come del resto questi potranno autonomamente offrirla per evitare danni all'immagine della società. Analogamente si potrà operare per lo stato di necessità, dove la perizia tecnica che accerti la lesione del plus 50% e la valutazione equitativa del magistrato saranno decisive per la determinazione degli elementi di patologia negoziale. Qui vale quanto dimostrato per i soggetti plurimi.

Chiariti i termini non ci soffermeremo sulla risoluzione, per cui varranno gli stessi principi esposti.

Non va infine dimenticata la posizione assunta dal legislatore del codice del '42 in relazione alla circolazione dei beni e della tutela dei terzi (principio dell'affidamento) che non può essere avulso dalla responsabilità delle parti o di una di esse in ordine alla specularità esterna degli effetti.

Il rilievo che il legislatore ha voluto dare all'affidamento dei terzi al fine di garantire la circolazione dei beni incide sulla patologia negoziale anche dal punto di vista della solidarietà di risultato, per cui tutte le offerte modificative di uno dei convenuti solidali dovranno essere esaminate anche alla luce del regolamento di interessi che comunque rileva presso i terzi (c.d. "effetto esterno" voluto dal legislatore del '42).

Le differenze con la disciplina delle obbligazioni (in cui la permeabilità delle posizioni giuridiche è codicisticamente prevista per i soli risultati positivi, non per le situazioni svantaggiose) sono dettate dalla funzione di sintesi delle vicende solidalmente coese assolta dalla parte contrattuale nel perseguimento dell'interesse componente la comune intenzione.

Non si rinuncia alla concezione della naturale parziarietà dell'obbligazione (di cui ampiamente si è trattato), ma la trasposizione, nell'occasione processuale, sul piano contrattuale del principio di solidarietà impone forme di collegamento tra le situazioni soggettive per la funzione economico-giuridica cui il contratto assolve: la realizzazione di un assetto di interessi di cui la comune intenzione dei contraenti è portatrice. E ciò anche sotto il profilo pratico della necessità di neutralizzare eventuali effetti negativi che potrebbero prodursi sull'esercizio del diritto di rivalsa, laddove si ammettesse la non necessità di comunicazione ai coobbligati dei poteri contrattuali azionati dall'obbligato intervenuto processualmente.

È importante inoltre sottolineare l'incidenza sui suddetti poteri del ruolo giocato dai comportamenti delle parti nella fase prodromica alla conclusione del contratto, ovvero nella potenziale configurabilità della responsabilità precontrattuale: qui l'esercizio dei poteri contrattuali dell'obbligato solidale processualmente chiamato in causa (si pensi alla rettifica di un errore) può addirittura trovarsi circostanziato ad una situazione che trova il collante tra le plurime situazioni giuridiche in una fase antecedente. La solidarietà in questo caso rileva sotto un duplice aspetto, non solo relativo alla

comune intenzione ma anche all'inquadramento del principio di buona fede (c.d. solidarietà deontologica, strumentale alla solidarietà di risultato), che nell'area dell'obbligazione semplice rilevava ancora per differenti profili (richiamiamo in tal senso il discorso precedentemente condotto in ordine all'incidenza del corretto esercizio dello *ius eligendi* del creditore (buona fede) verso uno dei coobbligati solidali sulla determinazione dell'entità del risarcimento da eventuale inadempimento).

**559.** La diligenza del buon padre di famiglia, come è noto, è una di quelle formule elaborate dalla giurisprudenza romana e dalla tradizione romanistica, che desumono il loro contenuto dalle concezioni dominanti nella coscienza sociale, e che, per la loro adattabilità alle situazioni di fatto, rispondono in modo eccellente ai bisogni vari della vita di relazione.

Il criterio della diligenza, richiamato in via generale nell'art. 1176 c.c. come misura del comportamento del debitore nell'eseguire la prestazione dovuta, riassume in sé quel complesso di cure e di cautele che ogni debitore deve normalmente impiegare nel soddisfare la propria obbligazione, avuto riguardo alla natura del particolare rapporto ed a tutte le circostanze di fatto che concorrono a determinarlo. Si tratta di un criterio obiettivo e generale, non soggettivo ed individuale: sicchè non basterebbe al debitore, per esimersi da responsabilità, dimostrare di avere fatto quanto stava in lui, per cercare di adempiere esattamente l'obbligazione. Ma d'altra parte, è un criterio che va commisurato al tipo speciale del singolo rapporto; per questo, inoltre, pur essendo apparso superfluo riprodurre il secondo comma dell'art. 1224 c.c., è da ritenersi certo che sussistono anche nel nuovo sistema dei casi in cui la diligenza deve apprezzarsi con minore o con maggiore rigore.

In riferimento a quest'ultimo inciso può entrare in gioco il criterio di ragionevolezza precedentemente proposto, che pur nell'analisi oggettiva offra parametri di soggettività che potrebbero

rivelarsi particolarmente illuminanti all'interno delle dinamiche delle obbligazioni solidali.

6. Il principio di solidarietà trova peculiare applicazione nell'ambito della disciplina sul condominio negli edifici.

Nell'ultimo decennio sul tema vi è stato un duro contrasto giurisprudenziale che ha portato il Supremo collegio ad esprimersi in maniera diversificata dai principi consolidati, specie in tema di solidarietà e parziarietà, riportando in luce in maniera prepotente quanto da noi sostenuto rispetto alle considerazioni generali sul principio di solidarietà precedentemente svolte.

La Relazione al codice civile definisce il fenomeno condominiale quale insieme di “rapporti di comunione ai quali dà luogo la proprietà dei piani o degli appartamenti di uno stesso edificio<sup>45</sup>”.

Superando così la visione del codice del 1865 che disciplinava il condominio nell'ambito delle disposizioni sulle servitù stabilite dalla legge, la Relazione ministeriale al codice vigente dispone una disciplina autonoma sul punto: «più esattamente, però, dalla migliore dottrina si distingue, nel complesso rapporto del condominio negli edifici, una proprietà separata dei singoli piani e una comunione forzata delle altre parti, la quale rientrando nel sistema generale della comunione dei beni, per quanto presenti aspetti del tutto singolari, vale a giustificare la diversa collocazione data alla materia<sup>46</sup>».

È evidente che lo sviluppo assunto dal condominio negli edifici nei tempi più recenti impone che la normativa codicistica sia chiamata ad adeguarsi ad una realtà edilizia sempre più complessa dove le esigenze del fenomeno condominiale non sono più circoscritte a classici agglomerati urbani, costituiti perlopiù da singoli edifici, ma si ampliano alle nuove problematiche poste dalla crescita esponenziale delle tipologie abitative dalle abnormi

---

<sup>45</sup> Relazione al c.c., cit, n. 525.

<sup>46</sup> Relazione al c.c., cit, n. 525.

periferie alle verticalizzazioni edilizie (parchi urbani, complessi a soluzione verticale, in cui la pluralità degli edifici o il numero complessivo dei piani determina una difficile *reductio ad unum* delle parti comuni o addirittura difficoltà nella relativa individuazione...).

La giurisprudenza, d'altra parte, nel confrontarsi con siffatte evoluzioni ne ha chiarito gli aspetti costitutivi: «Singoli edifici costituiti in altrettanti condomini vengono a formare un “supercondominio” quando talune cose, impianti e servizi comuni (via d'ingresso, impianto centrale per il riscaldamento, parcheggio, locali per la portineria o per l'alloggio del portiere, ecc.) contestualmente sono legati, attraverso la relazione di accessorio a principale, con più edifici, appartengono ai proprietari delle unità immobiliari comprese nei diversi fabbricati e sono regolati, se il titolo non dispone altrimenti, in virtù di interpretazione estensiva o analogica, dalle norme dettate per il condominio negli edifici<sup>47</sup>».

Tuttavia la definizione offerta, seppure attestante la consapevolezza delle modificazioni strutturali del condominio attualmente inteso, non può dirsi pienamente esaustiva e assorbente di realtà abitative ancor più variegate, quali i parchi di edilizia economica e popolare, soggettivamente costituiti da condomini proprietari, condomini affittuari, affittuari con diritto al riscatto, condomini abusivi regolarizzati ed abusivi non regolarizzati, in cui la stessa figura dell'amministratore è legata da un rapporto di supervisione con gli assessori al patrimonio del Comune o con le Iacp, rispetto a cui si renderebbe necessaria una legislazione ad hoc, tenuto conto che in questi casi la stessa nozione di supercondominio si rivela inappropriata alla descrizione di fenomeni che rientrano in servizi integrativi di carattere sociale riferibili alla categoria dei beni sociali di cui all'art. 41 Cost<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Cass., 8 agosto 1996, n. 7286, in *Dvd Juris data*.

<sup>48</sup> Sul punto cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Proprietà, gestione, diritti*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, Napoli 2007, n.2 luglio-dicembre, p. 14 ss, di cui ampiamente si tratta in tema di azioni collettive risarcitorie.

Pur lasciando sullo sfondo le intrinseche connotazioni di realtà più specifiche, in generale la presa d'atto dell'espansione del fenomeno condominiale incide non solo sul piano applicativo, ma anche sugli aspetti più strettamente definitori della legislazione, postulando l'evoluzione sociale una speculare modulazione dei concetti giuridici.

Così, la nozione di “parti comuni” oramai, riferisce sempre più il predicato della “comunanza” a parti afferenti edifici limitrofi e dunque non riconducibili ad un unico fabbricato (es. servizi comuni per l'accesso); la sempre maggiore esternalizzazione delle attività strumentali ai servizi condominiali, quali le attività di pulizia, manutenzione, sorveglianza... incide sulla struttura dei rapporti obbligatori dei condomini, modificandone i contenuti e gli effetti. Tutto ciò infierisce sulla regolamentazione dei rapporti assembleari. Ci riferiamo a titolo esemplificativo all'operatività delle disposizioni di cui all'art. 1136 cod. civ. in tema di convocazione, costituzione, formazione e calcolo delle maggioranze, che la giurisprudenza<sup>49</sup> ha ritenuto applicabili al supercondominio con riguardo agli elementi reale e personale dello stesso, rispettivamente configurati da tutte le unità abitative comprese nel complesso e da tutti i proprietari per il caso di specie del servizio di portierato destinato al servizio degli edifici “A” e “B” costituiti da condomini autonomi, in cui l'assemblea del condominio del solo edificio “A” aveva deliberato la divisione del servizio di portierato ed il licenziamento del portiere. La Suprema Corte, in applicazione dell'enunciato su esposto in tema di supercondominio, ha confermato la sentenza del merito che aveva dichiarato la nullità della predetta deliberazione, per non essere stati convocati a partecipare alla assemblea in cui essa fu assunta anche i condomini dell'edificio “B”, in piena coerenza con la nuova struttura morfologica delle comunanze e con la consolidata esternalizzazione delle connesse attività.

È da osservare, tuttavia, come già anticipato, che la nozione giurisprudenziale di supercondominio non è ancora comprensiva di

---

<sup>49</sup> Cass. , 8 agosto 1996, n. 7286, in *Dvd Juris data*.

una serie di attività e di servizi che danno un maggiore senso a ciò che concretamente può definirsi “comune”, quali attività di sicurezza, sorveglianza esterna, sorveglianza e gestione dei rifiuti,... in cui il supercondominio assume una funzione attrattiva, assorbente, delle attività condominiali riferibili singolo edificio, che seppure permangono, diventano estremamente residuali. Ragione per cui le conclusioni giurisprudenziali in tema di applicazione analogica delle disposizioni sul condominio al supercondominio, sembrano invertire i termini del problema dell'assenza di una disciplina speciale sul supercondominio, in attesa della quale è quest'ultimo ad incorporare i singoli condomini secondo un rapporto di continenza o attrazione.

Anche la tradizionale nozione di “portierato” subisce significative modificazioni nella misura in cui la persona fisica è nella maggior parte dei casi sostituita da strutture di sorveglianza generalizzate afferenti al supercondominio, obliteranti il dato personalistico dei rapporti con i condomini<sup>50</sup>.

La stessa figura dell'amministratore chiamato a rapportarsi con la proliferazione delle realtà abitative, viene sempre più spersonalizzandosi nelle relazioni con i singoli condomini e superando il dettato codicistico ancorato alla figura del mandatario, assume ruoli e contorni di una figura sempre più qualificata, fino a consacrarsi in una tipologia professionale organizzata in forme soggettivamente complesse, che possono anche tradursi in forma

---

<sup>50</sup> Si segnalano inoltre le peculiarità in tema di costituzione dell'assemblea condominiale, su cui la giurisprudenza si è espressa in tal senso: “*Poiché non sono derogabili dal regolamento di condominio, anche se di natura contrattuale, le norme concernenti la composizione ed il funzionamento dell'assemblea, è nulla per contrarietà a norme imperative (artt. 1136, 1138 c.c.) la clausola del regolamento contrattuale che prevede che l'assemblea di un cosiddetto "supercondominio" sia composta dagli amministratori dei singoli condomini, anziché da tutti i comproprietari degli edifici che lo compongono*” (Cass. civ., sez. II, 28 settembre 1994. n. 7894), nonché le soluzioni dottrinali e giurisprudenziali tese ad ovviare al problema dell'elevato numero di condomini attraverso il meccanismo delle c.d. deleghe, che consente la partecipazione alle assemblee dei condomini rappresentativi di ciascun fabbricato componente il supercondominio.



societaria. Anche la legislazione sia pure *in itinere*<sup>51</sup> si va confrontando su tali aspetti, proponendo soluzioni che al contempo si rivelassero innovative e coerenti con le dinamiche sociali, ma compatibili col dettato codicistico dell'art. 1129 c.c. in ordine ai caratteri dell'*intuitus personae* che il mandato dell'amministratore deve rivestire.

A questo proposito si sono rese necessarie risposte tese a favorire, nel caso di amministrazione condominiale assumente tipologie a carattere societario, solo quelle in cui vi è la prevalenza dell'elemento personale. Il sorgere di società di capitali, infatti, nell'ipotesi di patologia del rapporto vanificherebbe l'eventuale tutela dei condomini per l'acclaramento delle responsabilità, per il beneficio della responsabilità limitata di cui godono suddette società. Per il ddl<sup>52</sup> in discussione, la forma di società di persone al contrario neutralizzerebbe questo rischio per il regime di autonomia patrimoniale imperfetta che le governa, secondo cui pur configurandosi la distinzione tra patrimonio sociale e patrimonio dei singoli soci, non vige impermeabilità tra gli stessi ed in caso di patrimonio sociale insolubile, resta ferma la responsabilità personale dei soci.

Anche la giurisprudenza della Cassazione di recente<sup>53</sup> ha ribadito questa necessità, fornendo chiarimenti su «l'evoluzione della figura dell'amministratore di condominio, i cui compiti vanno vieppiù incrementandosi sì da far ritenere che gli stessi possano venire assolti in modo più efficace dalle società di servizi, all'interno delle

---

<sup>51</sup> Atto Senato n. 1708 XIV Legislatura, “*Modifica agli articoli 1117, 1120, 1124, 1129, 1130, 1137 e 1138 del codice civile, agli articoli 63, 64, 66, 67, 70 e 71 delle disposizioni di attuazione del codice civile nonché all' articolo 7 del codice di procedura civile circa la disciplina del condominio negli edifici*”, disegno di legge d'iniziativa dei senatori Bucciero, Greco, Ioannucci, Iervolino, Servello, Bobbio, Girfatti, Danzi, Trematerra, Tatò, Sudano, Brignone, Semeraro, Marano, Meduri, Balboni, Salerno, Mugnai, Pellicini, De Corato, Pontone E Collino, comunicato alla Presidenza il 17 settembre 2002, all'esame dell'assemblea 1 febbraio 2006.

<sup>52</sup> Cfr. nota precedente.

<sup>53</sup> Cass., Sez. III civile, 16 ottobre 2008, n.25251, in *Dvd Juris data*.

quali operano specialisti in settori diversi, in grado di assolvere alle numerose e gravi responsabilità ascritte allo stesso amministratore dalle leggi speciali<sup>54</sup>».

In realtà a noi sembra che l'attuale amministrazione condominiale implichi il cumulo di incarichi sempre più diversificati per la gestione anche di più condomini o supercondomini dislocati in molteplici realtà urbane, al punto da ipotizzare la possibilità che le forme di organizzazione dell'amministrazione giungano anche per necessità di ordine amministrativo-contabile ad assumere i contorni di società di professionisti, in cui si rende indispensabile la configurazione delle diverse gradazioni di responsabilità per scelte che integrino eventuali conflitti di interessi nell'adozione di provvedimenti riguardanti la manutenzione e l'esercizio dei servizi strumentali al godimento delle parti comuni, che potrebbero essere contemporaneamente assunti per situazioni abitative diverse e non rispettare la singolarità delle esigenze.

La proliferazione delle tipologie abitative, unitamente all'esigenza di una sempre maggiore professionalizzazione dell'amministratore condominiale, si traduce sul piano applicativo

---

<sup>54</sup> Il richiamo è sia giurisprudenziale, Cass. 24 ottobre 2006, n. 22840, in *Cd rom Utet*; v. anche, in materia, Cass., 23 gennaio 2007, n.1496, in *Cd rom Utet* ; sia legislativo, alle leggi speciali il d.lg. 3 aprile 2006, n.152; in materia di acqua e inquinamento il d.l.25 giugno 2008, n.112, in materia di Certificazione energetica; il d. m. 22 gennaio 2008, n.37 in materia di impianti; la l. 27 marzo 1992, n. 257 e il d. m. 6 settembre 1994 sulla bonifica dall'amianto; il d. lg. 30 maggio 2008, n.115 in materia di coibentazioni; il d.P.R. 12 gennaio 1998, n.37 sul certificato di prevenzione incendi e manutenzione degli impianti; ed i relativi decreti ministeriali 16 maggio 1987, n. 246 e 1 febbraio 1986: contenenti le corrispondenti norme tecniche; il d.P.R. 30 aprile 1999, n.162: sulla manutenzione degli ascensori e sulle relative verifiche, certificazione Ce e tenuta del libretto d'impianto; il d.P.R. 26 agosto 1993 n. 412 e il d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 551 sulla nomina del terzo responsabile degli impianti di riscaldamento; il d.lg. 9 aprile 2008, n. 81 sulla frequenza obbligatoria da parte del portiere del corso d'informazione su rischi, pronto soccorso e prevenzione incendi; il d.lg. 9 aprile 2008, n. 81 sulla durata dei lavori, rischio e idoneità delle imprese e verifica della redazione del piano di sicurezza e di coordinamento).

dei rapporti obbligatori nella crescente estensione della parziarietà fino alla piena valorizzazione del condomino uti singulo.

Nell'esecuzione del suo dovere di controllare e disciplinare l'uso delle cose comuni e la prestazione dei servizi nell'interesse comune, in modo che ne sia assicurato il migliore godimento a tutti i condomini, l'amministratore si trova a fronteggiare le problematiche su evidenziate del supercondominio che hanno suggerito proposte legislative incentrate sulla responsabilità individuale e parziaria del condomino, obliteranti la scelta di soluzioni solidali.

Si pensi al potere di sospensione - conferito all'amministratore - dell'utilizzazione dei servizi comuni che sono suscettibili di godimento separato nei confronti del condomino moroso o alla possibilità di esperire azioni legali o qualsiasi forma di recupero solo sui condomini morosi, facendosi obbligo all'amministratore di un recupero dei crediti in un arco temporale indicato, scaduto il quale viene resa necessaria l'affissione in bacheca dell'elenco dei morosi con successiva comunicazione a tutti i creditori. La parziarietà, nell'intenzione legislativa di una riforma, risulta sempre più valorizzata sulla costruzione di un rapporto di inversa proporzionalità tra la crescente qualificazione professionale del ruolo dell'amministratore e la diminuzione dell'operatività del principio di solidarietà, che si renderebbe ingiustificata anche sulla base di semplici considerazioni economiche di giustizia sostanziale nella misura in cui si consideri la eccessiva vessazione che verrebbe a gravare i condomini solidalmente responsabili nei casi di insolvibilità di alcuni di essi.

In definitiva, le modificazioni urbanistiche quali segnalate, le estensioni abnormi delle periferie, i centri direzionali (che segnano un presenza frammista di abitazioni ed uffici), l'edilizia economica e popolare inducono a riflettere sulla necessità di una legislazione speciale in tema di supercondominio: sono troppe le problematiche che ne sono connesse, la sempre più accentuata "lontananza" del condominio dagli organi decisionali, la figura sempre più

spersonalizzata dell'amministratore (rappresentante al contempo di una pluralità di condomini che ne fanno un organo societario di carattere professionale, a volte espressione di una società di professionisti); la stessa difficoltà di individuazione delle parti comuni o degli specifici interessi incidenti sulle stesse determinano infine, dal punto di vista della responsabilità patrimoniale una accentuazione della parzialità delle obbligazioni a carico del condomino *uti singulo* ed una accentuazione della responsabilità contrattuale dell'amministratore<sup>55</sup> non più unicamente mandatario (su cui infra).

7. Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità hanno dedicato particolare attenzione alla determinazione della natura solidale o *pro quota* della responsabilità dei condomini per le obbligazioni contratte dall'amministratore nell'interesse del condominio, invertendo tendenze consolidate dalla giurisprudenza.

Più specificamente, con la sentenza n. 9148 dell'8 aprile 2008, le S.U. hanno risolto il contrasto giurisprudenziale sorto all'interno della Seconda Sezione della medesima S.C. in tema di suddetta responsabilità, al fine di determinarne la relativa natura (solidale o *pro quota*).

L'orientamento prevalente, valorizzando il dato della esternalità versus internalità dei rapporti obbligatori, sosteneva il regime della solidarietà per la qualificazione del titolo di responsabilità<sup>56</sup> imputabile ai singoli condomini per le obbligazioni assunte dal condominio verso i terzi, in applicazione del principio generale di cui all'art. 1294 cod. civ., non derogato dalle norme speciali in tema di condominio; e ritenendo invece operante soltanto nei rapporti

---

<sup>55</sup> A. DE RENZIS, *L'amministratore del condominio degli edifici*, Collana *Condominio*, Bologna 1995, p. 234; ID., *Trattato del condominio*, Bologna 2004, pp. 580-581; A. IANNUZZI e G. IANNUZZI, *Il condominio negli edifici*, Milano 1994, p. 690.

<sup>56</sup> G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna 1995, p. 326

interni la disciplina dettata dall'art. 1123 di ripartizione pro quota delle spese.

Quale argomento ad adiuvandum si menzionava il riferimento espressamente operato dall'art. 1115 cod. civ. al «le obbligazioni contratte in solido per la cosa comune», nonché l'operatività del principio di solidarietà di risultato, quale scelta legislativa conforme allo scopo del condominio, quale convergenza, coesione di interessi tra i condomini condebitori, finalisticamente orientata alla realizzazione di un obiettivo plurimo, ontologicamente riferibile alle vicende del gruppo, sovraordinato all'interesse semplice all'adempimento delle obbligazioni<sup>57</sup>.

L'orientamento minoritario sostenuto in dottrina e giurisprudenzialmente riconducibile alla sentenza della S.C. del 27 settembre 1996 n. 8530, (oltre che ai precedenti giurisprudenziali delle pronunce di legittimità dell'11 giugno 1968 n. 1865, del 21 maggio 1973 n. 1464, del 15 dicembre 1975 n. 4127) valorizzava il dato della naturale parziarietà dell'obbligazione, sostenendo il rapporto di specialità intercorrente tra l'art. 1123 cod. civ. e l'art. 1294 cod. civ. ritenendone l'operatività non solo nei rapporti interni tra i condomini ma anche nei confronti dei terzi.

In particolare confutando il referente normativo dell'art. 1115 cod. civ., assunto dalla prevalente giurisprudenza a sostegno della solidarietà, ne si era evidenziata la stretta afferenza alla disciplina della comunione di cose soggette a divisione, per assumerne la non applicabilità al condominio negli edifici, concernente cose, servizi ed impianti virtualmente indivisibili.

Questa riflessione si pone in linea con quanto da noi precedentemente assunto rispetto al nuovo volto del fenomeno condominiale nelle attuali dinamiche dell'edilizia, non più riconducibile a singoli edifici e necessitante di un adeguamento legislativo alle evoluzioni socio-economiche. La norma dell'art.

---

<sup>57</sup> Cass, 5 aprile 1982, n. 2085; 14 dicembre 1982 n. 6866; 17 aprile 1993, n. 4558; 23 febbraio 1999 n. 1510; 30 luglio 2004, n. 14593; 31 agosto 2005, n. 17563, in *Cd rom Utet*.

1115, infatti, storicamente riferibile alla regolamentazione delle titolarità limitate, composte da pochi partecipanti (si cfr. sul punto la Relazione al codice civile di cui sopra), applicata ai “grandi” condomini, di cui fanno parte talora anche centinaia di condomini, «darebbe luogo a inconvenienti considerevoli e decisamente iniqui: ciascuno, infatti, sarebbe tenuto per l'intero onerosissimo e incontrerebbe gravi difficoltà nell'esercitare la rivalsa».

Peraltro siffatto orientamento sostiene la parziarietà, anche in ragione del difetto di riscontri testuali che dimostrino la operatività della disposizione di cui all'art. 1123 cod. civ. nei soli rapporti interni; pertanto, in materia di condominio, più che all'art. 1115 cod. civ., occorrerebbe far riferimento agli artt. 725 e 1295 cod. civ., secondo cui i coeredi concorrono al pagamento dei debiti ereditari in proporzione alle loro quote e l'obbligazione in solido di uno dei condebitori si ripartisce tra gli eredi in proporzione alle quote ereditari.

8. Le S.U. nel dirimere il contrasto giurisprudenziale<sup>58</sup> su evidenziato hanno aderito all'orientamento finora minoritario, resolvendo una fattispecie molto diffusa della controversia instaurata dall'appaltatore nei confronti dei condomini per ottenere il pagamento in via tra loro solidale del corrispettivo dei lavori eseguiti nello stabile condominiale.

I giudici della S.C. muovono dal fondamento della solidarietà, ricordandone l'assiologia: «l'assunto é che la solidarietà passiva scaturisca dalla contestuale presenza di diversi requisiti, in difetto dei quali - e di una precisa disposizione di legge - il criterio non si applica, non essendo sufficiente la comunanza del debito tra la pluralità dei debitori e l'identica causa dell'obbligazione; che nessuna specifica disposizione contempli la solidarietà tra i

---

<sup>58</sup> Cfr. ampiamente A.SCRIMA, *La responsabilità parziaria dei condomini per le obbligazioni del condominio*, in *Rassegna della giurisprudenza di legittimità civile* 2008, reperibile sul sito [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

condomini, cui osta la parziarietà intrinseca della prestazione; che la solidarietà non possa ricondursi alla asserita unitarietà del gruppo, in quanto il condominio non raffigura un "ente di gestione", ma una organizzazione pluralistica e l'amministratore rappresenta immediatamente i singoli partecipanti, nei limiti del mandato conferito secondo le quote di ciascuno». Vengono così in rilievo i principi di diritto che regolano le obbligazioni contrattuali unitarie, soggettivamente plurime dal lato passivo (i condomini).

Ciò che viene precisato è che l'art. 1292 cod. civ. si limita a descrivere il fenomeno, offrendo gli elementi definitori dell'obbligazione in solido in cui "più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione" e le relative conseguenze, che ciascuno può essere costretto all'adempimento per la totalità (con liberazione degli altri); e che l'art. 1294 cod. civ. stabilendo che "i condebitori sono tenuti in solido, se dalla legge o dal titolo non risulta diversamente" non specifica, tuttavia, la ratio della solidarietà, né ne chiarisce il fondamento.

Le S.U. affrontano analiticamente la morfologia delle obbligazioni solidali, nei presupposti e negli effetti giuridici, offrendo risposte favorevoli ad una lettura flessibile ed innovativa del dettato codicistico conforme anche alla nozione di solidarietà costituzionale di cui all'art. 2 Cost.. Ci riferiamo in particolare alla specificazione della categoria dell'unicità della prestazione, connotante il vincolo solidale, di cui viene valorizzata la naturale parziarietà, a conferma della funzione finalistica della solidarietà di risultato, quale scelta di diritto positivo: «unicità della prestazione che, per natura, è suscettibile di divisione» e «individuazione del vincolo della solidarietà rispetto alla prestazione la quale, nel suo sostrato di fatto, è naturalisticamente parziaria»; «quando la prestazione per natura non è indivisibile, la solidarietà dipende dalle norme e dai principi. La solidarietà raffigura un particolare atteggiamento nei rapporti esterni di una obbligazione intrinsecamente parziaria quando la legge privilegia la comunanza della prestazione. Altrimenti, la struttura parziaria dell'obbligazione

ha il sopravvento e insorge una pluralità di obbligazioni tra loro connesse». Viene in luce la disciplina delle obbligazioni solidali improntata al principio della pluralità dei vincoli intersoggettivamente coesi nel perseguimento di una “comunione” di interessi gradualmente determinabile in relazione alla fonte ed ai profili strutturali del rapporto. Questi ultimi si esprimono in termini relazionali tra la pluralità soggettiva e l’assetto di interessi perseguito. Queste considerazioni escono rafforzate dall’analisi della gestione del supercondominio in cui i servizi seppur definiti “comuni” all’insieme dei complessi edilizi cui si riferiscono in realtà rappresentano molto spesso specificità di destinazione già di per sé “parziaria”.

Si tratta di trasfondere al supercondominio con le dovute specificità i criteri di parziarietà previsti dal legislatore ed i diritti dei partecipanti alle cose comuni (art. 1118 cod. civ.) e per la ripartizione delle spese (art. 1123, comma 3, cod. civ. e art. 1124 cod. civ., tenendo presente che nel supercondominio l’allocazione dei servizi generali, la loro distanza differente dalle unità abitative (manutenzione stradale, destinazione a riserva di posti auto esterni, accessibilità a servizi quali lavanderia comune, dislocazione di recipienti di rifiuti) è tale da generare ricadute differenziali di parziarietà nella più generale e generica parziarietà. Oltre alla diversità strutturale del supercondominio si rende indispensabile la consapevolezza delle conseguenze correlate in termini di diversa parziarietà dei rapporti obbligatori che da esso scaturiscono.

Elemento unificante è il risultato, che non dipende dalla natura dell’obbligazione, sempre espressione del suo genus, ma da una scelta del legislatore coerente con l’impostazione del codice civile, funzionale alla garanzia del risultato, alla certezza dei rapporti giuridici e della circolazione dei beni che abbiamo identificato, come già detto, nella solidarietà di risultato, da noi assunta quale espressione concettuale (cui si rinvia) dell’operatività del principio solidaristico informante il sistema delle obbligazioni.



I supremi giudici sottolineano la rigidità dei presupposti (indivisibilità) dei casi di solidarietà necessitata nei rapporti a pluralità soggettiva, valorizzando in ogni caso il dato della scelta di diritto positivo sottostante al vincolo solidale: «la solidarietà costituisce un principio riguardante i condebitori in genere», tuttavia tale «principio generale è valido laddove, in concreto, sussistono tutti i presupposti previsti dalla legge per la attuazione congiunta del con debito» e tanto avviene sicuramente nel caso in cui la prestazione comune a ciascuno dei debitori è indivisibile; laddove l'obbligazione è divisibile, salvo disposizione legislativa espressa di solidarietà, «il principio della solidarietà (passiva) va temperato con quello della divisibilità stabilito dall'art. 1314 cod. civ., secondo cui se più sono i debitori ed è la stessa la causa dell'obbligazione, ciascuno dei debitori non è tenuto a pagare il debito che per la sua parte». L'assunto da noi prospettato nel corso del lavoro sulla solidarietà di risultato informante il sistema delle obbligazioni viene così sintetizzato nella pronuncia in commento: «poiché la solidarietà, spesso, viene ad essere la configurazione “*ex lege*”, nei rapporti esterni, di una obbligazione intrinsecamente parziaria, in difetto di configurazione normativa dell'obbligazione come solidale e, contemporaneamente, in presenza di una obbligazione comune, ma naturalisticamente divisibile, viene meno uno dei requisiti della solidarietà e la struttura parziaria dell'obbligazione prevale. Del resto, la solidarietà viene meno ogni qual volta la fonte dell'obbligazione comune è intimamente collegata con la titolarità delle “*res*”».

Le S.U. effettuano un'attenta disamina di ulteriori referenti normativi corroboranti le conclusioni cui giungono: «le disposizioni di cui agli artt. 752, 754 e 1295 cod. civ. - che prevedono la parziarietà delle obbligazioni dei coeredi e la sostituzione, per effetto dell'apertura della successione, di una obbligazione nata unitaria con una pluralità di obbligazioni parziarie - esprimono il criterio di ordine generale del collegamento tra le obbligazioni e le *res*» e ritengono che «le direttive ermeneutiche sopra ricordate sono

valide anche per le obbligazioni facenti capo ai gruppi organizzati, ma non personificati».

Descritto il quadro dei principi di diritto informanti la disciplina delle obbligazioni solidali, l'attenzione viene posta sugli aspetti specifici concernenti le obbligazioni assunte nel cosiddetto interesse del condominio - elevato così ad interesse di scopo, di risultato - e in realtà ascritte ai singoli condomini, evidenziandone i profili strutturali della pluralità dei debitori (i condomini) e della eadem causa obligandi ; ciò che viene reso discutibile è la unicità della prestazione, su cui come si è anticipato vengono prospettate letture innovative del dato codicistico letto alla luce della solidarietà costituzionale: indubbiamente la prestazione è unica ed indivisibile per il creditore, che effettua una prestazione nell'interesse e in favore di tutti condomini laddove l'obbligazione di questi ultimi, si configura naturalisticamente divisibile, consistendo in una somma di danaro, pur avendo ad oggetto una prestazione comune.

Orbene, le S.U. precisano che nessuna norma di legge dispone espressamente l'operatività del criterio della solidarietà nelle obbligazioni dei condomini, insistendo sul carattere meramente descrittivo e non prescrittivo dell'art. 1115, primo comma, cod. civ., relativo alle obbligazioni che concretamente sono contratte in solido per la cosa comune, e sulla sua inconferenza con la disciplina del condominio negli edifici.

Viene inoltre richiamato l'art. 1123 cod. civ. sulla disciplina delle obbligazioni propter rem, quali conseguenza dell'appartenenza in comune, in ragione della quota, delle cose, degli impianti e dei servizi: solo in ragione della quota, dunque, i condomini sono tenuti a contribuire alle spese per le parti comuni. Questo rapporto con la res prende luce ulteriore nei supercondomini, in ragione della capillarità dell'utilità degli impianti e dei servizi.

Confutando la pronuncia del 1996 della Seconda Sezione, i supremi giudici ritengono che la mera valenza interna del criterio di ripartizione delle spese dettato dal primo comma della norma citata costituisce un «espediente elegante, ma privo di riscontro nei dati

formali» e reputano non convincente l'asserzione secondo cui il secondo comma della medesima disposizione, concernente la ripartizione delle spese per l'uso delle parti comuni destinate a servire i condomini in misura diversa, in proporzione all'uso che ciascuno può farne, renda impossibile l'attuazione parziaria all'esterno; affermano quindi che, quanto all'attuazione, «tutte le spese disciplinate dall'art. 1223 citato devono essere regolate allo stesso modo»; entrambe le ipotesi sono improntate al collegamento con la res, riguardando il primo comma le spese per la conservazione delle cose comuni, rispetto alle quali l'inerenza ai beni é immediata, e il secondo comma le spese per l'uso, in cui sussiste il collegamento con le cose nella misura in cui l'obbligazione, pur se influenzata nel quantum dalla misura dell'uso diverso, non prescinde dalla contitolarità delle parti comuni, che ne costituisce il fondamento. Ne consegue quindi che, configurandosi entrambe le obbligazioni come *propter rem*, in quanto connesse con la titolarità del diritto reale sulle parti comuni, ed essendo queste obbligazioni comuni naturalisticamente divisibili *ex parte debitoris*, il vincolo solidale risulta inapplicabile e prevale, invece, «la struttura intrinsecamente parziaria delle obbligazioni».

L'insistenza del riferimento delle sentenze al condominio semplice ha impedito finora di valutare fino a che punto dalla parziarietà discenda una diversa ripartizione degli oneri e così fa la S. C.: l'assunzione di una non possibile ripartizione delle spese delle cose in comune, viene meno nei supercondominio dove possono esistere profonde differenze di utilizzazioni logistiche e funzionali della res comune che non possono non incidere in un ragionevole riparto differenziato, determinando quella che abbiamo definito la “parziarietà nella parziarietà”.

D'altra parte, la sempre maggiore capillarità della fruizione delle utilità ascrivibili alle parti comuni, specie in realtà condominiali complesse, ha rafforzato il ruolo dell'amministratore nel suo rapporto con i beni condominiali, fino a configurarne un vero e proprio rapporto di custodia, alleggerendo notevolmente il

collegamento strutturale tra la titolarità del diritto reale dei condomini e le *res*. All'uopo si rende opportuno segnalare che la stessa Cassazione di recente<sup>59</sup> ha chiarito che «la figura dell'amministratore nell'ordinamento non si esaurisce nell'aspetto contrattuale delle prerogative dell'ufficio. A tale figura il codice civile, e le leggi speciali imputano doveri ed obblighi finalizzati ad impedire che il modo d'essere dei beni condominiali provochi danno di terzi. In relazione a tali beni l'amministratore, in quanto ha poteri e doveri di controllo e poteri di influire sul loro modo d'essere, si trova nella posizione di custode. Ciò si verifica in particolare quando, come nella fattispecie per cui è causa, l'assemblea decide di appaltare lavori a terzi: in tal caso il controllo dei beni comuni nell'interesse del condominio deve infatti considerarsi attribuito all'amministratore quante volte, da un lato, l'appaltatore non è posto in una condizione di esclusivo custode delle cose sulle quali si effettuano i lavori e dall'altro l'assemblea non affida l'anzidetto compito ad una figura professionale diversa dallo stesso amministratore. Questi allora deve curare che i beni comuni non arrechino danni agli stessi condomini od a terzi, come del resto ha già riconosciuto la giurisprudenza allorché ha considerato l'amministratore del condominio responsabile dei danni cagionati dalla sua negligenza, dal cattivo uso dei suoi poteri e, in genere, di qualsiasi inadempimento degli suoi obblighi legali o regolamentari: si pensi in specie ai danni derivanti dalla negligente omissione delle necessarie riparazioni al lastrico solare od al tetto, decise da una delibera assembleare e non attuate dall'amministratore»<sup>60</sup>. Ciò in piena linea con l'evoluzione della figura dell'amministratore di condominio, i cui compiti vanno vieppiù incrementandosi sì da far ritenere che gli stessi possano venire assolti in modo più efficace da organizzazioni di tipo societario, di cui ampiamente si è trattato.

---

<sup>59</sup> Cass., 16 ottobre 2008, n. 25251, in *Dvd Utet*.

<sup>60</sup> Cass., 17 maggio 1994, n. 4816; Cass. 14 giugno 1976, n. 2219; ma v. anche Cass., 20 agosto 1993, n. 8804, in *Dvd Utet*.

Tornando alla sentenza in commento, le S.U. chiariscono che la solidarietà neppure può ricondursi all'asserita unitarietà del gruppo dei condomini, precisando che, pur definendo la giurisprudenza il condominio come ente di gestione, deve tuttavia considerarsi che la figura presuppone che coloro i quali ne hanno la rappresentanza non vengano surrogati dai partecipanti e che, peraltro, gli enti di gestione in senso tecnico - che operano in concreto con specifiche modalità e si caratterizzano, quanto alla loro struttura, per la soggettività e per l'autonomia patrimoniale - costituiscono una categoria definita, pur se non unitaria, cui dalle leggi sono assegnati compiti e responsabilità differenti e la cui eterogenea disciplina é adeguata alle disparate finalità perseguite. Risulta pertanto evidente che, nonostante «l'opinabile rassomiglianza della funzione», le «ragguardevoli» diversità della struttura, analiticamente considerate in sentenza unitamente ai poteri dell'amministratore che vincola i singoli nei limiti delle sue attribuzioni e del mandato conferitogli in ragione solo delle rispettive quote, dimostrano «l'inconsistenza del ripetuto e acritico riferimento dell'ente di gestione al condominio negli edifici».

Riprendiamo le osservazioni prospettate in precedenza sul ruolo e le funzioni dell'amministratore del supercondominio, soggetto sempre più distaccato giuridicamente da un mandato specifico ed agente in virtù di una sua professionalità intrinseca che ne determina e favorisce le attribuzioni e le responsabilità oltre che le forme di organizzazione.

Le S.U. hanno conclusivamente affermato che «le obbligazioni e la susseguente responsabilità dei condomini sono governate dal criterio della parziarietà»; pertanto «ai singoli si imputano, in proporzione alle rispettive quote, le obbligazioni assunte nell'«interesse del condominio», in relazione alle spese per la conservazione e per il godimento delle cose comuni dell'edificio, per la prestazione dei servizi nell'interesse comune e per le innovazioni deliberate dalla maggioranza» e, quindi, «le obbligazioni dei condomini sono regolate da criteri consimili a quelli dettati dagli

artt. 752 e 1295 cod. civ., per le obbligazioni ereditarie, secondo cui i coeredi concorrono al pagamento dei debiti ereditari in proporzione alle loro quote e l'obbligazione in solido di uno dei condebitori tra gli eredi si ripartisce in proporzione alle quote ereditarie».

Ne consegue che il contratto, stipulato dall'amministratore, in nome e nell'interesse dei condomini rappresentati e nei limiti delle facoltà conferitegli, produce direttamente effetti nei confronti degli stessi rappresentati. Pertanto, una volta conseguita la condanna dell'amministratore, quale rappresentante dei condomini, il creditore può procedere all'esecuzione individualmente nei confronti dei singoli, secondo la quota di ciascuno. Si richiamano sempre a proposito del supercondominio la diversa incidenza di fruizione di servizi c.d. comuni (manutenzione stradale, guardiana, ecc., raccolta rifiuti) che possono dar luogo a frazioni di utilità differenziate, quella che abbiamo definito "parziarietà nella parziarietà".

Le S.U. non hanno poi mancato di rilevare, nella parte finale della motivazione, che «la soluzione, prescelta secondo i rigorosi principi di diritto che regolano le obbligazioni contrattuali comuni con pluralità di soggetti passivi, appare adeguata alle esigenze di giustizia sostanziale emergenti dalla realtà economica e sociale del condominio».

A tale proposito in coerenza con le proliferazione delle realtà edilizie a carattere pluralistico, la responsabilità già definita parziaria dalla suprema corte acquista anche qui ulteriore parziarietà delle specifiche utilizzazioni di parti solo formalmente comuni.

La Corte pur non sottacendo che «la solidarietà avvantaggerebbe il creditore il quale, contrattando con l'amministratore del condominio, conosce la situazione della parte debitrice e può cautelarsi in vari modi», hanno ritenuto che, comunque, «appare preferibile il criterio della parziarietà, che non costringe i debitori ad anticipare somme a volte relevantissime in seguito alla scelta (inattesa) operata unilateralmente dal creditore» precisando di non

ravvisare «ragioni di opportunità per posticipare la ripartizione del debito tra i condomini al tempo della rivalsa, piuttosto che attuarla al momento dell'adempimento». Ragionamento che appare ancora più coerente e anticipatore di soluzioni indispensabili per il supercondominio.

9. L'operatività del principio di buona fede quale corollario del più ampio principio di solidarietà trova peculiare operatività nell'ambito della problematica relativa all'esercizio frazionato del diritto. A conferma della tesi da noi riportata in ordine alla funzione di garanzia del "risultato" della solidarietà, che costituisce il limite alla parziarietà nel caso della pluralità di debitori, si evidenzia quanto l'ontologia degli interessi influisca sulla scelta del legislatore in merito alla non frazionabilità del credito.

Qui il dovere di solidarietà si apre a letture intrecciate tra il piano civilistico e quello costituzionale, ponendosi quale limite funzionale al soddisfacimento dell'interesse creditorio laddove questo assuma i contorni dell'abuso del diritto nello snodarsi della vicenda negoziale e quale fonte di doveri ed obblighi di protezione per le parti contrattuali finalizzati alla tutela di interessi anche diversi da quelli espressamente dedotti in contratto (art. 2 Cost. in combinato disposto con gli artt. 1175 e 1375 c.c.). Valutato il bilanciamento dell'assetto di interessi sul piano sostanziale, le conseguenze processuali ne costituiscono il logico riflesso, dovendosi verificare l'operatività del principio di solidarietà nella dinamica del frazionamento giudiziale del credito unitario.

La pronuncia delle Sezioni Unite civili della Cassazione, n. 23726/07 ha offerto una lettura costituzionalmente orientata dei doveri di correttezza e buona fede ascrivibili ad entrambi i soggetti del rapporto obbligatorio e prescindenti dall'obiettivo del soddisfacimento del credito cui mira lo svolgimento esatto della vicenda obbligatoria.

Ed invero, la Suprema Corte nel dirimere il contrasto giurisprudenziale sorto in merito alla possibilità della

parcellizzazione del credito unitario in una pluralità di iniziative giudiziarie finalizzate al ristoro dell'unica pretesa creditoria si è espressa, tra l'altro manifestando un atteggiamento ondivago rispetto ad una precedente soluzione adottata sulla medesima *quaestio*, nei seguenti termini: «Non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, di frazionare il credito in plurime richieste giudiziali dia adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo, in quanto tale scissione del contenuto della obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione aggravata della posizione del debitore, si pone in contrasto sia con il principi odi correttezza e buona fede, che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento, sia con il principio costituzionale del giusto processo, traducendosi la parcellizzazione della domanda giudiziale diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale».

Il tenore del *decisum* esalta il collegamento tra regola generale di correttezza e buona fede<sup>61</sup> e principi processuali di equità

---

<sup>61</sup> Sebbene in riferimento ad altra fattispecie (cessione del credito), si rivela illuminante l'evoluzione giurisprudenziale sulla necessaria delimitazione della evanescente formula giuridica del principio di buona fede, per un'ampio approfondimento della quale si cfr. R. MARINO, *Cessione del credito futuro e obblighi d'informazione del debitore ceduto. Nota a Cassazione 18 dicembre 2007, n. 26664*, in *Notariato*, n.1/09, in cui l'autore concentra l'analisi sulle possibili sfumature e i limiti del principio, nonché sulle sue ricadute nelle dinamiche dei rapporti economici: «Deve pertanto escludersi che la diligenza, che la legge impone al debitore solo nell'adempimento della prestazione (qui: pagamento del corrispettivo dell'appalto), possa essere estesa sino ad includere l'informazione dettagliata delle ragioni del rifiuto di adempiere. Nella logica degli interessi contrapposti, che governa i rapporti obbligatori, la diligenza del preteso debitore, che neghi di essere tale, non può spingersi infatti sino al punto di farsi carico delle ragioni insoddisfatte (derivanti dal rapporto di cessione) del suo creditore, che si supponga ignaro del fondamento delle sue stesse pretese. L'ipotizzato dovere



processuale e giustizia sostanziale nella prospettiva attuativa dell'inderogabile divieto di abuso del diritto e quale specificazione del costituzionalizzato principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., fonte, come già detto, di doveri ed obblighi di protezione per le parti contrattuali anche non prestazionali ed ultronei all'immediato assetto di interessi perseguito, coinvolgenti anche la tutela dell'affidamento dei terzi. L'obbligo di solidarietà così individuato è divenuto nella recente giurisprudenza consolidata<sup>62</sup> uno strumento valutativo integrativo o modificativo della dinamica negoziale, "presiedendo alla esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione", accompagnandone ogni fase. Prescindendo dall'empirismo del singolo rapporto il principio di solidarietà va collocato nel quadro di valori introdotto dalla Carta costituzionale ed in primis, nell'art. 2 Cost. che sancisce doveri inderogabili di solidarietà sociale da cui discende la tutela di interessi prescindenti da specifici obblighi contrattuali o da quanto espressamente stabilito da singole norme di legge<sup>63</sup>.

Trasponendo il discorso sul piano processuale, la vicenda giudiziaria, ancorché geneticamente riferibile all'elemento sostanziale dell'inadempimento del debitore postula un bilanciamento di interessi che risponda al suddetto valore solidaristico; conseguentemente l'atomizzazione del credito in plurime iniziative ne vanificherebbe gli obiettivi socio-economici risolvendosi in una unilaterale "modifica aggravativa della posizione debitoria" per esclusiva volontà del creditore ingiustificata sul piano del risultato conseguibile, che per certi aspetti ne esce addirittura mortificato ed integrante l'abuso del diritto. Evidenti i contrasti con gli artt. 111 e 113 Cost. concernenti i principi di ragionevole durata del processo e del giusto processo per l'incompatibilità col senso di

---

d'informazione, da parte del debitore, resta dunque sfornito di precisi riferimenti giuridici".

<sup>62</sup> Cass. 18 ottobre 2004, n. 20399; Cass. 7 giugno 2006, n. 13345, in *Dvd Utet*.

<sup>63</sup> Cass. 27 ottobre 2006, n. 23273, in *Dvd Juris data*.

giustizia di un processo realizzato con mezzi e forme eccedenti la tutela del diritto.

Ma il contrasto si registra anche rispetto all'art. 41 Cost. Rispetto a quest'ultimo se appare chiaro l'intento costituzionale della tutela della libertà dell'iniziativa economica per i profili concernenti la realizzazione del credito, meno evidenti sono le ricadute sulla posizione dell'interesse debitorio al giusto adempimento, di cui si propone una lettura costituzionalmente legata ai diritti fondamentali della persona.

L'art. 41 Cost., infatti, va qui letto *a latere debitoris* nel senso della tutela dell'iniziativa economica di quest'ultimo che ha un dovere ma anche diritto all'adempimento modulato su criteri di efficienza ed adeguatezza e proporzionalità rispetto al risultato conseguibile. L'abuso del diritto che si traduce in una vessazione per il debitore chiamato a sopportare costi e difese abnormi rispetto all'unico rapporto obbligatorio di cui è parte espone le sue risorse a soluzioni patologiche che ne potrebbero alterare anche la dimensione più strettamente personale. Considerare infatti il debitore nell'esclusività del suo ruolo di soggetto passivo di un dato rapporto obbligatorio significherebbe circoscriverne gli interessi all'empirismo di una data vicenda giuridica. Diversamente il debitore inteso quale soggetto generale dell'ordinamento è centro di imputazione di interessi plurimi che possono assumere contorni svariati nelle diverse relazioni giuridiche di cui è protagonista. Una lettura favorevole alla polverizzazione della domanda giudiziale di un unico rapporto creditorio vanificherebbe la tutela di altrettante situazioni giuridiche riferibili allo stesso soggetto che siano altrettanto meritevoli di adeguata considerazione giuridica. Si vuol dire cioè che la soluzione proposta dalle sezioni Unite ci sembra l'unica costituzionalmente percorribile in linea con un ordinamento che valorizzi la persona nelle sue esplicazioni sociali, economiche e giuridiche tutelate dall'art. 2 Cost. e nella libertà dell'iniziativa economica privata (di cui qui si sottolinea la riferibilità non solo al creditore ma anche al debitore) che non può discrezionalmente

essere minata da strumenti anche processuali evasivi del credito laddove un diverso percorso consentirebbe ugualmente il raggiungimento dei risultati giuridici perseguiti.

Un'attenta lettura dell'art. 41 Cost. mette in luce da due punti di vista la presenza costante del pubblico interesse sia sotto l'aspetto della bilateralità dell'iniziativa pubblica/privata (*ex* comma 2), sia nell'aspetto della gestione e del controllo (*ex* comma 3). "Elemento unificante è il risultato", che non dipende dall'empirismo della vicenda giuridica, ma da una scelta del legislatore coerente con l'impostazione del codice civile, funzionale alla garanzia del risultato, alla certezza dei rapporti giuridici e della circolazione dei beni che abbiamo identificato nella "solidarietà di risultato", da noi assunta quale espressione concettuale (cui si rinvia) dell'operatività del principio solidaristico informante il sistema delle obbligazioni.

Il debitore, pur tale rispetto al suo creditore conserva tutti i diritti della personalità di cui è titolare ciascuna persona giuridicamente intesa. Si pensi alla lesione del diritto all'immagine conseguente all'uso distorto degli strumenti di realizzazione del credito in potere del creditore che potrebbero incidere nei rapporti tra il debitore e ad es. le banche presso cui si trovasse ad interagire per rapporti economici esulanti dalla specifica vicenda obbligatoria, o al giudizio di negatività sociale cui verrebbe ad essere esposto nei confronti degli altri soggetti o nei contesti (es luogo di lavoro) dove si trova ad operare.

D'altra parte diverse sono le norme che si rinvencono nello stesso codice civile e in quello di rito che acquisiscono la lettura costituzionale in particolare degli artt. 2 e 41 nel senso dei principi di solidarietà e sussidiarietà integrative di situazioni giuridicamente tutelate rispetto alle quali non è possibile un giudizio di assoluta prevalenza, quali l'art. 2744 c.c. che sancisce il divieto del patto commissorio nell'ottica di ovviare ad una tutela eccessiva ed ingiustificata dell'interesse creditorio, nonché gli art. 495 c.p.c. che disciplinando l'ipotesi di conversione della *res* pignorata in denaro, riconosce al debitore la tutela di situazioni non afferenti ovvero di

interessi ultranei la specifica vicenda obbligatoria offrendo soluzioni che ne riconoscono una soggettività non circoscritta al ruolo di obbligato, ed ancora l'art. 496 c.p.c. che seguendo la medesima *ratio* dedica la stessa attenzione a che il rapporto tra ammontare dei beni pignorati e momento satisfattivo del credito segua criteri di proporzionalità ed adeguatezza al risultato perseguito dalle parti.

Ancora sul piano processuale è da osservare che l'antieconomicità di una soluzione favorevole alla parcellizzazione di un credito unitario si traduce nell'effetto inflattivo della proliferazione dei giudizi e della pluralità dei giudicati sulla medesima vicenda giuridica che non sembra affatto giustificabile sul piano patologico della conseguenza all'inadempimento, in un ordinamento che è sempre più orientato da scelte legislative che già nella fisiologia tendono ai valori uniformità del *decisum* e di deflazione del carico processuale. Il riferimento è evidentemente alla recente introduzione dell'azione collettiva risarcitoria, cui si rinvia.

## **PARTE II**

I RAPPORTI ECONOMICI COSTITUZIONALI. SOLIDARIETÀ E SUSSIDIARIETÀ  
(ORIZZONTALE E VERTICALE)

## CAPITOLO PRIMO

### L'ERMENEUTICA COSTITUZIONALE ED IL DUPLICE GIUDIZIO DI VALORE: LEGALITÀ ED EFFETTIVITÀ.

1. Dalla solidarietà al sistema economico ai livelli di vita liberi e dignitosi (art. 36 Cost.) a garanzia del consenso sociale. I difficili equilibri tra solidarietà e sussidiarietà; sostenibilità economica e compatibilità giuridica alla luce delle vicende legislative. Due casi esemplari: l'esproprio e l'equo canone. - 2. Lo Stato democratico - sociale ed il "consenso" tra solidarietà e sussidiarietà. - 3. Il principio di ragionevolezza/razionalità nei rapporti economici costituzionali - 4. La manomissione delle parole - 5. La lunga notte della Costituzione - 6. Il criterio di ragionevolezza/razionalità tra sostenibilità economica e compatibilità giuridica - 7. Il ruolo della Corte costituzionale antidoto all'irrazionalità del legislatore nella recente legislazione in tema di diritti fondamentali. Contraddittorietà e irrazionalità nelle indecisioni giurisprudenziali sulla tutela della persona - 8. La ricerca del metodo costituzionale di interpretazione della legalità. Il giudizio di razionalità quale valore sovraordinato - 9. L'interpretazione dell'art. 47 Cost., l'accesso alle proprietà ed il risparmio tra solidarietà e sussidiarietà. La *middle class* quale referente privilegiata nell'accesso.

1. Nel ventennio del corporativismo, nelle illusorie motivazioni sociali della Carta del lavoro, la solidarietà intendeva sancire il rapporto di subordinazione del lavoratore all'ordine economico (impresa = produzione), nonché alle corporazioni fasciste; subordinazione da cui il lavoratore avrebbe dovuto trarre (di riflesso) beneficio per un effetto quasi di trascinamento.

Nella Costituzione del '48 invece la solidarietà diviene l'elemento fondante, il collante dell'effettivo dovere di partecipazione interindividuale al fine del consenso sociale. Difatti per indurre soggetti differenti sul piano socio-economico al consenso si doveva operare una strategia di dissuasione e di irrazionalità del conflitto sociale, il che sul piano macroeconomico si traduceva, per offrire una metafora immaginaria, nella curva di indifferenza<sup>64</sup>, cioè nella

<sup>64</sup> Cfr. F. LUCARELLI, *L'operatore giuridico*, cit.

messa a disposizione del soggetto non privilegiato di crescenti risorse economiche pienamente compatibili con una società di capitali a carattere consumistico. Le crisi periodiche avrebbero del resto attenuato l'effetto crescente della curva, garantendone la sostenibilità.

In questa strategia si inserisce il nuovo valore della solidarietà costituzionale quale relazione simpatetica che presuppone l'adozione di limiti che pongano freno all'espansione incontrollata del diritto soggettivo e che garantiscano la partecipazione consapevole di tutti alla vita della società bilanciando al contempo la libertà economica propria e la tutela (a certi livelli) della personalità altrui. Solidarietà significa partecipazione simpatetica alla vita sociale, doveri di comportamento intesi a promuovere il consenso sociale nei limiti di un equilibrio tra sostenibilità economica e compatibilità giuridica del sacrificio, il che garantirebbe nel contempo un equo temperamento degli interessi.

In questa complessa scacchiera nel gioco delle parti emerge il ruolo di garanzia dello Stato. Spieghiamoci meglio: c'è un obiettivo primario sancito dalla Costituzione, quello di "garantire livelli di vita liberi e dignitosi" (personalità e dignità, solidarietà e uguaglianza sostanziale) ad ogni individuo: questo obiettivo va assolto nei comportamenti interindividuali regolando il confronto tra soggetti forti e soggetti potenzialmente deboli, attraverso "doveri di comportamento solidali". Ma laddove il comportamento solidale non realizzi "di fatto" il valore primario, entra in gioco il ruolo dello Stato che lo garantisce, integrando valori economici e sociali ("l'uguaglianza sostanziale"). La solidarietà quindi garantisce il temperamento degli interessi ed il bilanciamento sacrificio-beneficio, tra sostenibilità economica e compatibilità giuridica, che vuole significare un equilibrio tra l'onere individuale del soggetto – la compressione del suo interesse – che deve essere "sostenibile" e la legittimità sul piano del diritto (compatibilità giuridica).

Procedendo a una esemplificazione di attuazione del principio di solidarietà tra sostenibilità economica e compatibilità giuridica citiamo l'escorso legislativo e giurisdizionale in materia di esproprio (infra).

Il principio di solidarietà riceve un interessante lettura in riferimento agli interventi legislativi susseguitisi negli anni 60/70. E' il caso della famosa sentenza della Corte costituzionale n. 5 del 1980 che dichiarava l'illegittimità dell'indennizzo di esproprio esplicitando che il riferimento al valore agricolo della l. 865 /71 ai fini dell'indennizzo identificava un oggetto diverso da quello realmente esistente al momento della dichiarazione di esproprio, non valore agricolo quindi, ma *ius aedificandi*.

Il principio di solidarietà, quale solidarietà economica, avrebbe potuto operare nel senso di una limitazione dei contenuti patrimoniali dello *ius aedificandi*, per esempio una decurtazione proporzionale alle attività infrastrutturali pubbliche che avevano dato luogo alla trasformazione del terreno agricolo in suolo edificatorio, ovvero ad una misura perequativa del plusvalore che tenesse eventualmente anche conto della destinazione finale dell'intervento, edilizia pubblica, scuole, strutture sociali ecc, (criterio marginalmente applicato nell'ultima legislazione in materia di indennizzo) in ogni caso nel determinare l'entità del sacrificio non ci sarebbe dovuti staccare dall'oggetto – diritto di edificare. Intendiamo cioè specificare che le limitazioni non potevano assurgere a livelli di determinazione dell'indennizzo in valori diversi da quello reale esistente al momento della dichiarazione di esproprio (compatibilità giuridica).

Tale orientamento della Corte traspariva già nella dichiarazione di incostituzionalità dell'indennizzo contenuto nella legge 167/ 62, legge sui piani di zona, laddove la misura compensativa era fissata a due anni precedenti alla lottizzazione .

Difatti il giudicato della Corte verteva proprio sul carattere virtuale del criterio prescelto e non sulla realtà dell'oggetto. Criterio sostanzialmente corrispondente al valore agricolo, e dunque



anch'esso aprioristicamente individuato rispetto all'oggetto dello *ius aedificandi*.

Situazione perfettamente compatibile giuridicamente e sostenibile dal punto di vista economico diversa per l'equo canone – da prima nell'equo canone agrario(1962), poi nell'equo canone edilizio (1978) il legislatore aveva perseguito ai sensi dell'art. 2 Cost. un processo perequativo diminuendo le utilità (cioè il canone) del soggetto proprietario, ma non direttamente utilizzatore del bene (definito dalla dottrina proprietario assenteista) rispetto alle esigenze del coltivatore diretto non proprietario (attuazione della solidarietà).

Sull'equo canone però le successive modifiche legislative che avverranno tra metà degli anni '80 e negli anni '90 ne vanificheranno i contenuti ma non ne dichiareranno illegittimo il principio.

Nel bilanciamento tra solidarietà e sussidiarietà l'intento del costituente è trascritto chiaramente nelle sue funzioni e nei suoi limiti nell'art. 36 Cost: “Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge. Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi”.

Salario – valore virtuale, scomponibile per fasce di utilità che soddisfino progressivamente dai bisogni primari (abitazione – alimenti – istruzione – mobilità – formazione), a condizioni di maggiore vivibilità (luce, acqua, rifiuti, etc.), esigenze accessorie, piaceri ludici.

Su questi elementi si misurano “i livelli di vita liberi e dignitosi”: più si ampliano e moltiplicano i fasci di utilità, più elevato è il tenore di vita sociale, minore l'esigenza di intervento sussidiario. Sul fluorileggio delle utilità può agire parallelamente la sussidiarietà: orizzontale se opera direttamente su componenti del salario

(fiscalità, detassazione, mutualità, incentivi, cassa integrazione,...); indirettamente attraverso l'accollo da parte dello Stato di bisogni primari (accesso all'abitazione, sanità, istruzione, canoni agevolati,..) ovvero verticalmente riservandosi il controllo di beni pubblici o comuni, partecipando alle imprese, fissando incentivi, controllandone i programmi.

Si aggiungano come vedremo gli istituti e i servizi da noi intesi quali beni sociali ai sensi dell'art. 41 Cost. (su tutto ciò *infra*).

2. La Carta costituzionale ci introduce in una visione complessa e affascinante del principio di solidarietà che ne innova profondamente i suoi contenuti e apre a soluzioni di meditato livello sociale ed economico. Siamo di fronte non soltanto ad una evoluzione dei principi precedentemente oggetto di valutazione<sup>65</sup>, dalla solidarietà etico-cristiana, alla solidarietà "sociale" (rivista dal regime fascista e ripresa dal codice quale solidarietà alla produzione) ma ad una vera e propria strategia in cui privato e pubblico si confrontano costantemente in giudizi di sostenibilità economica e di compatibilità giuridica tutti tesi a trovare soluzioni perequative che garantiscano il consenso sociale in una società capitalistica economicamente evoluta. Solidarietà in questo senso significherà equilibrio tra il godimento individuale e situazioni altrui, dove giocheranno confronti con fasce sociali deboli e situazioni di disequilibrio sociale. Esaurito il giudizio di valore sulle potenzialità del sacrificio individuale del soggetto "forte", valutazione che già di per sé richiede il controllo "sussidiario" pubblico, entrerà in gioco la reale funzione perequativa, che può integrare il giudizio di valore della solidarietà e divenire quindi sussidiarietà orizzontale; oppure essere protagonista diretta del consenso sociale attraverso la riserva al pubblico di interi settori dell'economia la cui ricaduta sulla vita sociale si rivela decisiva per

---

<sup>65</sup> Cfr. F.LUCARELLI – L. PAURA, *Diritto privato e diritto pubblico*, cit., *passim*.

la tutela della personalità (sussidiarietà verticale<sup>66</sup>). In questa dimensione di delicato equilibrio tra situazioni soggettive e analisi economica dell'intervento dello Stato si sono dirette le scelte del costituente a volte anticipatrici della evoluzione della società moderna. È stato frutto di un intenso processo unitario che ha visto le migliori menti impegnate al superamento di quella tragedia economica e sociale che aveva portato alla dittatura e ad una tragica guerra perduta:

«Mossi dall'intento di offrire una solida e duratura prospettiva di progresso all'Italia, i membri dell'Assemblea Costituente riuscirono ad arrivare ad una unità (la Costituzione fu approvata il 22 dicembre 1947 con 453 voti favorevoli e solo 62 contrari) frutto non di compromesso o di trasformismo, bensì di una convergenza oggettiva di forze diverse tra di loro, ma tese alla ricerca di un terreno comune per costruire una legge fondamentale moderna, aperta verso il futuro, capace di garantire la pacifica e prospera convivenza dei cittadini italiani, fondata sui classici diritti dell'uomo, ma anche sui diritti sociali, sul principio di solidarietà e sul prevalere delle forze del lavoro ("l'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro", come recita il primo comma del primo articolo della Costituzione).

Non solo tutti i cittadini hanno pari dignità sociale, ma la repubblica interviene attivamente per rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della libertà, delle facoltà dell'uomo<sup>67</sup>».

A questo proposito è opportuno ricordare un discorso di Piero Calamandrei<sup>68</sup>:

«Non è una Repubblica improvvisata, sorta da un impeto subitaneo di sentimento, espugnata d'assalto come una trincea: è una

---

<sup>66</sup> Sul ruolo della sussidiarietà cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Proprietà, gestione, diritti*, Napoli 2007, pp. 11 e ss.

<sup>67</sup> A. GARGANO, *Italia una 1946-2006. La volontà di un popolo*, Napoli 2006, p.19.

<sup>68</sup> Cfr. A. GARGANO, *Italia*, cit., p.23.

repubblica lungamente meditata e consapevolmente voluta, uscita dalla ragione e dal buonsenso popolare, conclusione logica e serena di una coscienza civile maturata nell'esperienza del dolore».

3. Il principio di solidarietà alla luce del dettato costituzionale è funzionalmente collegato al perseguimento di obiettivi garanti del consenso o contatto sociale, espressione di gradi di tutela sostanziale di realizzazione della personalità individuale e dell'uguaglianza sostanziale.

La natura primaria della fonte che ne dispone l'assiologia garantisce la valenza non meramente programmatica, bensì precettiva del principio *de quo*, nel senso della sua immediata e generale operatività nella rimozione di quelle situazioni di fatto ostative alla realizzazione dell'uguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2): solidarietà e sussidiarietà agiscono nel comune intento di tutela di livelli di vita liberi e dignitosi, espressione di una teleologia sociale che segna il passaggio dallo Stato liberale ad uno Stato democratico sociale.

Con il richiamo esplicito alle formazioni sociali (art. 2 Cost.....) il legislatore ha inteso definitivamente rimuovere, non solo sul piano letterale, il richiamo alle “corporazioni” del regime fascista ed implicitamente superare le rigide categorie sociali espressione della staticità ed impermeabilità della legislazione borghese, aprendo con le formazioni sociali quali duttili, fluide e contingenti aggregazioni di interessi meritevoli di tutela, un argine al mondo del neocapitalismo industriale ed alla borghesia emergente degli affari. Nelle formazioni sociali mutano, si intersecano, si moltiplicano e si diversificano le fasce sociali tutelate in un costante bilanciamento ed adeguamento alle leggi del diritto dell'economia, segnando la strada della effettività della tutela. Rimane centrale e ripetitivo solo il riferimento al lavoratore, il che assume valenza più sul piano descrittivo dei diritti sociali (tutela del soggetto debole rispetto ai soggetti “forti” di cui la solidarietà economica e sociale art. 3 Cost.....) che su quello più strettamente economico e giuridico.

La *ratio* della solidarietà (ed i suoi profili costituzionali) non va ricercata ed esaurita dunque in comportamenti reciproci, affettivi o afflittivi richiesti o imposti ai soggetti con la finalità di un equo contemperamento degli interessi (il che avrebbe potuto costituire la *ratio* del sistema), ma nella effettività del “risultato”, cioè la garanzia in ogni caso di “livelli di vita liberi e dignitosi” che potrebbero essere compromessi o aggravati da comportamenti altrui. In questo senso la variabilità dei comportamenti e la relatività del sacrificio di carattere compensativo può dipendere da ragioni esterne, quali, soprattutto il ruolo esercitato dal “pubblico”, attraverso la sussidiarietà, cioè l’assunzione diretta, parziale o totale, da parte dello Stato, il che può, a sua volta, essere influenzato da scelte politiche, da vicende economiche, da ragioni di mercato.

Nell’analisi costituzionale dei rapporti civili (artt. 13-27 Cost.) ed etico sociali (artt. 29-34 Cost.) è evidente la prevalenza di un giudizio di valore afferente l’area di tutela dell’uguaglianza formale: nelle garanzie delle libertà (personale, di domicilio, di corrispondenza, di circolazione, di riunione, di associazione, di manifestazione del pensiero, di diritto al nome, alla difesa, alla natura personale della responsabilità penale) e dei rapporti tra l’individuo ed il gruppo sociale (tanto all’interno della società naturale della famiglia (artt. 29-30 Cost.), quanto nella dimensione assistenziale delle infrastrutture sociali (artt. 30-34 Cost.)), le prospettive di formazione della personalità individuale e dello sviluppo e realizzazione della stessa nelle formazioni sociali garantiscono livelli di tutela prevalentemente, anche se non esclusivamente, formali.

È nei rapporti economici (artt. 35-47 Cost.) che assume preminenza l’attuazione di obiettivi di uguaglianza sostanziale attuativi del consenso sociale, dell’accesso ai beni e della fruizione generale degli stessi alla collettività. La strategia di realizzazione di siffatti livelli di tutela postula l’adozione di limiti all’espansione del diritto soggettivo e ad una sua revisione nell’ottica di un bilanciamento della libertà economica individuale e tutela della personalità altrui.

La partecipazione collettiva alla vita sociale si inserisce nella dimensione costituzionale tesa a promuovere il consenso sociale attraverso doveri di comportamento funzionali alla delimitazione di quel delicato equilibrio dei rapporti tra sostenibilità economica e compatibilità giuridica del sacrificio, nella garanzia di un equo contemperamento degli interessi, in cui emerge fortemente il ruolo sussidiario dello Stato.

Più precisamente, laddove il costituente dispone obiettivi primari di tutela, questi vanno assolti nel confronto di comportamenti interindividuali tra soggetti forti e soggetti potenzialmente deboli, regolando i “doveri di comportamento solidali”. Nella realizzazione “di fatto” del valore primario attraverso il comportamento solidale, il ruolo dello Stato garantisce l’integrazione di valori economici e sociali (“l’uguaglianza sostanziale”).

Il rapporto solidarietà/sussidiarietà è chiaro così come è tracciato seguendo i dettami di una corretta analisi economica.

Così nell’art. 36 Cost. (con riguardo alla formazione e alla tutela del lavoro funzionalmente correlata ai “livelli di vita liberi e dignitosi”) la solidarietà garantisce anzitutto il contemperamento degli interessi ed il bilanciamento sacrificio-beneficio, tra sostenibilità economica e compatibilità giuridica, che vuole significare un equilibrio tra l’onere individuale del datore di lavoro – la compressione del suo interesse individuale – che deve essere “ragionevole” (cioè economicamente sostenibile) e la legittimità sul piano del diritto (compatibilità giuridica), cioè una retribuzione per il lavoratore corrispondente a quantità e qualità del lavoro svolto.

Difatti, la scomposizione del salario, inteso come valore virtuale di cui usufruisce il lavoratore, in fasci di utilità soddisfattivi anzitutto di esigenze primarie (abitazione – alimenti – istruzione – mobilità – formazione), e a seguire condizioni di vivibilità (luce, acqua, rifiuti, etc.), ed ancora esigenze accessorie,...costituisce il parametro di quantificazione dei “livelli di vita liberi e dignitosi” in una correlazione di diretta proporzionalità: l’aumento dei fasci di utilità eleva il tenore di vita sociale; ma se ciò è vero in relazione

all'obiettivo primario di tutela, il rapporto con la sussidiarietà è inversamente proporzionale, nel senso che l'innalzamento della dimensione sociale sotto il profilo qualitativo riduce l'esigenza di intervento sussidiario; intervento che si rivela invece indispensabile quando la scomposizione del salario e la sua ricomposizione in termini di utilità realizzata non raggiunga quel minimo comune denominatore di vivibilità sociale che il costituente ha inteso in ogni caso garantire.

Per l'iniziativa economica il discorso si colora di ulteriori riflessioni. Nell'art. 41 Cost., *in primis* è necessario chiarire che si parla di iniziativa economica in generale, il che è coerente ad un sistema che incrocia costantemente pubblico e privato. Non a caso il terzo comma dell'articolo parla espressamente di solidarietà pubblica e privata denotando l'intento legislativo di intervenire in generale sulle attività economiche. Il giudizio sugli interessi che permea l'art. 41 Cost. e sulla socialità degli stessi non legittima soltanto l'attività privata, ma diviene anche giustificativo dell'intervento pubblico nel rispetto dell'equilibrio pubblico/privato.

L'iniziativa economica privata è sottoposta al regime di solidarietà nel coniugio con il principio di libertà ed in ciò è visibile la presenza dell'economia di mercato (costituzione di imprese, produzione e vendita per il conseguimento di un profitto, assunzione di lavoratori,...). sottoposta a vincoli ("Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana", si pensi alle norme che rendono obbligatorio dotarsi di sistemi contro gli infortuni, oppure che obbligano a dotarsi di depuratori, per limitare l'inquinamento dell'aria e dell'acqua.). Al contempo la norma sancisce forme di controllo della solidarietà ("La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali") anche attraverso interventi pubblici (che completano la strategia della sussidiarietà orizzontale) che si manifestano in forme plurime e diversificate per consistenza, che variano da semplici incentivi per assumere

contorni sempre più incisivi culminanti in tecniche partecipative vere e proprie che si concretizzano nella programmazione (termine assai caro all'ideologie sociali).

Il disposto dicotomico della norma è corroborato dall'art. 43 Cost. ("A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale").

Così come dicevamo l'art. 41 Cost. inserisce forme di sussidiarietà orizzontale (programmi e pianificazione), laddove l'art. 43 Cost. avoca, come vedremo, al potere pubblico interventi di sussidiarietà verticale (riserva di settori), mentre l'art. 46 Cost richiama la solidarietà partecipativa (cogestione), pur con molte cautele funzionali e strutturali.

Inoltre, in Italia la presenza dello Stato nell'economia attuerà l'art. 41 Cost. prevedendo forme originali di "partecipazioni statali", dando luogo ad organizzazioni societarie che, utilizzando le tecniche privatistiche (società per azioni), realizzano una duplice funzione, di controllo interno della funzione solidale e di attuazione integrativa della sussidiarietà. È qui che si determina un vero e proprio incrocio fra i due principi: l'intervento sussidiario sarà di maggiore o minore intensità in relazione al bilanciamento del giudizio economico di sostenibilità e del giudizio giuridico di compatibilità. Ciò vale, in particolare, per la partecipazione azionaria che non dovrà sommergere il ruolo dell'iniziativa privata vanificando altrimenti il bilanciamento tra privato e pubblico.

Più complesso il disegno costituzionale in tema di proprietà che propone una serie di modelli nascenti da una continua e costante dialettica pubblico e privato.

Anzitutto l'art. 42 Cost. enuncia la proprietà pubblica e la proprietà privata, distaccandosi profondamente dalla tradizionale riferibilità



della nozione di proprietà al diritto soggettivo con cui si era radicato un rapporto di automatismo.

4. «Le nostre parole sono spesso prive di significato. Ciò accade perchè le abbiamo consumate, estenuate, svuotate con un uso eccessivo e soprattutto inconsapevole. Le abbiamo rese bozzoli vuoti. Per raccontare, dobbiamo rigenerare le nostre parole. Dobbiamo restituire loro senso, consistenza, colore, suono, odore. E per fare questo dobbiamo farle a pezzi e poi ricostruirle. Nei nostri seminari chiamiamo «manomissione» questa operazione di rottura e ricostruzione. La parola manomissione ha due significati, in apparenza molto diversi. Nel primo significato essa è sinonimo di alterazione, violazione, danneggiamento. Nel secondo, che discende direttamente dall'antico diritto romano (manomissione era la cerimonia con cui uno schiavo veniva liberato), essa è sinonimo di liberazione, riscatto, emancipazione.

La manomissione delle parole include entrambi questi significati. Noi facciamo a pezzi le parole (le manomettiamo, nel senso di alterare, violarle) e poi le rimontiamo (le manomettiamo nel senso di liberarle dai vincoli delle convenzioni verbali e dei non significati). Solo dopo la manomissione, possiamo usare le nostre parole per raccontare storie».

La manomissione delle parole, appunti per un seminario sulla scrittura da “*Il manoscritto del principe*”, dal film di Roberto Andò sulla vita di Tomasi di Lampedusa.

5. Nella nostra Costituzione, che segna nel 1948 l'affermazione dello Stato sociale dal trentennio autoritario, sin dai principi generali operano ponderazioni di valori, alcuni all'apparenza inconciliabili, uguaglianza formale e uguaglianza sostanziale, solidarietà e sussidiarietà, tutela della persona e garanzia della personalità, privilegio del lavoro e regime privatistico, proprietà pubblica e proprietà privata: tutti principi che si collocano

all'interno di un quadro generale di perequazione economica e sociale.

Per lunghi anni, soprattutto in virtù del valore solo programmatico attribuito alla Carta ed anche alla incomunicabilità di aree culturali nel mondo del diritto (costituzionalisti, giusprivatisti, penalisti), la Costituzione ha avuto un ruolo marginale nelle pur profonde trasformazioni legislative del Paese, soprattutto negli anni settanta.

Attualmente il "ritorno" allo studio della Carta fondamentale rivela aspetti contraddittori, incertezze, perdite di memoria, ed anche, di recente, il rifiuto aprioristico di valori che si reputano "consumati", in quanto frutto di ideologie marxiste. La nuova sensibilità per la dimensione costituzionale dei diritti, caldeggiata dal presidente Napolitano non è solo una fiammata. Di tutto questo è bene che si cominci a discutere seriamente e fino in fondo. Quello che sconcerta e che scuote l'animo del giurista è che in questo periodo il Governo promuove leggi (dal testamento biologico, al piano sulla casa, al decreto sicurezza, alla legge scudo per le alte cariche dello Stato), che rappresentano un ammasso di incostituzionalità, di regressioni normative, di evasioni sociali, di piccoli deliri burocratici e linguistici, di procedure che produrranno nuove contraddizioni e nuove angosce: non vi sono astuzie parlamentari che possano redimere quei testi. Sono interrogativi provocati da impervicacia politica e incultura, dal fatto che la dimensione costituzionale non appartiene a questo governo e alla maggioranza, che vogliono cogliere ogni occasione per cercare di liberarsene. Proprio per questo si cerca di costruire "una Costituzione abusiva". Una vigilante attenzione per i diritti fondamentali dovrebbe segnare la discussione politica, il primo passo dovrebbe essere appunto il ritorno pieno nella dimensione costituzionale; insieme ad esso il legislatore dovrebbe interrogarsi sui limiti della legge, sulla sua legalità e conformità ai principi costituzionali.

La destrutturazione, a volte consapevole, operata dai giuristi e soprattutto dai costituzionalisti, che avrebbero dovuto essere i "guardiani" della Costituzione ed i garanti dell'attuazione, è stato

attribuire alla Costituzione delle scelte assolute, dei contenuti assiologici anelastici: ne hanno così “manomesso” la logica complessiva, le sue strategie, alterandone e violandone i significati, senza poi ricostruire il sistema. Essi si sono affidati a scelte ideologiche, il liberalismo per l’uguaglianza formale, il socialismo per l’uguaglianza sostanziale, perdendo di vista il nocciolo del sistema democratico-sociale che rifugge da scelte assorbenti, predilige il “compromesso”, alla ricerca della effettività e della causalità delle vicende. È al mondo reale, all’economia e al sociale che affida le sue scelte operative.

Per “raccontare” oggi la Costituzione dobbiamo rigenerarne i principi, i giudizi di valore, dobbiamo restituire loro logica, senso, consistenza, colore, suono; e per far questo dobbiamo “manometterli”, farli “a pezzi” destrutturarli, per poi rimontarli privi dei vincoli delle convenzioni verbali e dei “non significati”: solo allora potremo trarne le conclusioni.

L’obiettivo fondante della Costituzione è il consenso sociale, cioè rendere “razionale”, la convivenza di soggetti anche socialmente differenti, garantendo la non conflittualità attraverso un parametro, che rappresenta la sottile linea d’ombra<sup>69</sup> al dissenso. Parametro economicamente variabile costituito dalla irrinunziabilità dei “livelli di vita liberi e dignitosi”<sup>70</sup>, minimo comune denominatore di perequazione senza il quale si genererebbe il conflitto e la dissoluzione del sociale. Dicevamo parametro variabile sul cui equilibrio opera la “curva di indifferenza”<sup>71</sup> cioè la situazione sociale di chi vistosi garantito un livello medio di soddisfazione diviene “indifferente” (o si presume lo divenga) all’altrui maggiore beneficio. Curva soggetta a graduazioni di benessere che tende ad innalzarsi in virtù di situazioni economiche favorevoli, a stabilizzarsi, o deprimersi in caso di crisi.

---

<sup>69</sup> L’espressione è di F. LUCARELLI, *L’operatore giuridico*, cit.

<sup>70</sup> Cfr. Art. 36 Cost.

<sup>71</sup> Cfr. F. LUCARELLI, *L’operatore giuridico*, cit., p. 80-81.

Il criterio di ragionevolezza<sup>72</sup> o, come diremo meglio in seguito, di razionalità fatto proprio sovente dai più alti livelli di giurisdizione per sopperire alle carenze e incongruità legislative, non rappresenta una manifestazione di buon senso, di buonismo del giudicante verso “formazioni sociali” a volte deboli, indifese, prive di scudo giuridico, ma l'accorta ponderazione tra solidarietà economica e sociale, tra sussidiarietà orizzontale e verticale (artt. 2 e 3 Cost.) nell'ottica della perequazione.

Oggi i migliori economisti, “testimoni di pietra” della crisi, rientrano in gioco formulando nuove “inversioni di marcia”, il cui fattore comune è la presenza dello Stato e la redistribuzione della ricchezza. Così Mario Monti (editoriale del 22 marzo 2009, *Corriere della sera*):

«Per quanto riguarda le disuguaglianze all'interno dei paesi, cresciute a dismisura, si incontrano difficoltà più profonde, culturali e politiche.

Molti governi – che pure oggi criticano giustamente i danni recati dal “fondamentalismo di mercato” – si erano uniformati negli anni scorsi a tale visione. Consideravano priorità assoluta la riduzione della pressione fiscale; retaggio di ideologie del passato i sistemi fiscali ad elevata progressività, che contribuivano strutturalmente a ridurre le disuguaglianze. Per trasmettere segnali di sensibilità distributiva, preferivano se mai interventi occasionali più visibili (alla “Robin Hood”, e non solo in Italia).

I poteri pubblici hanno a lungo assistito passivi agli eccessi del mercato e della finanza. Dinanzi a quella avanzata, hanno ritirato, disarmato lo Stato. Se non recupereranno la capacità di contenere le disuguaglianze, gli stati saranno in grave difficoltà di fronte alle pesanti conseguenze della crisi. Ma quella capacità, la potranno recuperare solo se coordineranno la loro fiscalità».

---

<sup>72</sup> Per la ricostruzione del metodo interpretativo costituzionale e della necessità della sua effettività, cfr. F.LUCARELLI – L. PAURA, *Diritto privato e diritto pubblico*, cit., p. 117.

Per quanto riguarda il principio di solidarietà la nostra Costituzione, pur riaffermandone il fondamento intersoggettivo ne postula una profonda rivisitazione.

Si legge nell'art. 2 Cost.: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".

Secondo il dettato costituzionale la solidarietà diviene il perno del consenso e della non conflittualità sociale. Le sue direttive postulano un comportamento reciproco a cui i soggetti si debbono adeguare nella fase in cui le loro sfere di interessi vengono ad interferire.

Sostenibilità economica e compatibilità giuridica costituiscono la destrutturazione del secondo elemento dei rapporti economici-costituzionali (art. 2 Cost), la "solidarietà economica"; ne introducono specifici giudizi di valore, togliendo ogni margine di genericità; integrano e sostituiscono la buona fede negoziale e danno luogo ad un procedimento di perequazione sulla cui adeguatezza vigila un giudizio di ragionevolezza/razionalità (che rappresenta la sintesi di un giudizio di meritevolezza dei comportamenti). La "sostenibilità economica" è il dovere di non approfittare di una eventuale situazione di supremazia patrimoniale, psicologica, sociale,... per trarre vantaggio dalla soggezione di altro soggetto, anche sacrificando proprie frazioni di utilità in relazione ad un equilibrio sostanziale dei valori economici; la "compatibilità giuridica", l'altro aspetto del giudizio di solidarietà, interviene quale limite al sacrificio individuale che in ogni caso non deve coinvolgere i valori della situazione sostanziale su cui si regge la struttura giuridica del rapporto.

Su questi due regolamenti di comportamento vigila lo Stato con il criterio di ragionevolezza/razionalità che contiene in sé quel richiamo al sociale della solidarietà (art. 2 Cost.) e che valuta l'equilibrio interno del rapporto e la risultante di quel bilanciamento

tra sostenibilità e compatibilità, sfuggendo da pericolosi condizionamenti meramente etici.

Il giudizio di ragionevolezza/razionalità costituisce l'*imprimatur* dell'ordinamento sulla socialità del comportamento delle parti; criterio che, una volta assunto "esaurisce" il giudizio di solidarietà, propiziando, se necessario, un intervento orizzontale dello Stato a sussidio (art. 3 Cost.) di eventuali situazioni nelle quali l'obiettivo prioritario dei livelli di vita liberi e dignitosi non possa essere colmato dalla solidarietà. È sempre in fondo la democrazia sociale che richiama a comportamenti attuativi del consenso, pur mantenendo fundamentalmente intatta l'architettura giuridica dei rapporti nella effettività della dimensione economico-sociale.

6. Il criterio di ragionevolezza/razionalità è un principio di effettività che colma nella perequazione il divario tra la Costituzione formale a quella materiale. Contiene in sé il giudizio di valore sulla solidarietà intersoggettiva e sul raggiunto (o meno) equilibrio tra sostenibilità economica (riferita al caso concreto) e compatibilità giuridica (meritevolezza di tutela); il che riflette la bifocalità tipica della democrazia sociale tesa a garantire il bilanciamento privato - pubblico - fini sociali, in funzione del consenso.

Il fondamento costituzionale della razionalità va ricercato oltre che nell'art. 2 Cost, nel dettato dell' art. 41, terzo comma, che detta "controlli...perché l'attività privata....possa essere coordinata a fini sociali"; altra è la funzione della sussidiarietà orizzontale nello stesso disposto per quanto riguarda "l'iniziativa pubblica" laddove "la legge determina i programmi perché l'economia pubblica sia indirizzata a fini sociali". E nella sussidiarietà orizzontale che vive l'*humus* dei beni sociali (servizi, istituti, etc. ) che integrano la solidarietà individuale.

Il principio di ragionevolezza/razionalità, tradizionalmente espresso quale limite alla discrezionalità legislativa la cui ontologica

evanescenza ne ha consentito interpretazioni di stampo prettamente casistico, viene qui a colorarsi di contenuti economico - sociali, non più aprioristicamente indefiniti, ma referenzialmente ricondotti allo stesso articolato costituzionale (artt. 2, 3 e 41 Cost.).

Se è vero che alla diffusa concezione perequativa che ne ha voluto ricondurre il significato a corollario del principio di uguaglianza va riconosciuta l'attenzione al principio, "l'effettività" che in questa sede si ascrive allo stesso in termini di bilanciamento tra sostenibilità economica e compatibilità giuridica ne amplia gli argini a regola di positivizzazione normativa, di operatività applicativa nell'interpretazione delle norme, di *ratio* giustificativa di istituti e servizi ad anima sociale, su cui vigila il richiamo a imparzialità, buon andamento ed efficienza della P.A. (art. 97 Cost.)

È anche al criterio di ragionevolezza/razionalità non definito nell'ambito di applicazione che ci si vuol riferire nell'analisi delle patologie istituzionali che registrano le interferenze funzionali tra poteri, che lambiscono anche sentenze della Corte Costituzionale (paralegislative, interpretative, manipolative); alla fragilità dei rapporti tra fonte legislativa e Costituzione; in relazione ai coaguli intersoggettivi di interessi di cui substrato sono le formazioni sociali.

Vista la funzione quadro dell'art. 41 Cost. sulla iniziativa economica, approfondiamo ulteriormente le norme relative ai rapporti economici-costituzionali.

L'art. 36 Cost. affronta il delicato equilibrio del sistema democratico-sociale regolando il bilanciamento tra l'interesse personale del datore di lavoro di trarre beneficio dalla prestazione altrui ed il diritto del lavoratore ad aver garantito l'equo riconoscimento salariale della qualità e quantità del lavoro svolto. Il giudizio di ragionevolezza/razionalità opera un bilanciamento solidale tra la sostenibilità economica del regolamento di interessi e la compatibilità giuridica del rapporto di lavoro in una graduazione perequativa tra tutela del lavoro (salario) ed iniziativa economica (profitto). Obiettivo è assicurare al lavoratore "livelli di vita liberi e

dignitosi”, minimo comune denominatore di benessere. Obiettivo al cui ottenimento, esaurito il rapporto solidale, subentra “in ogni caso” la sussidiarietà orizzontale dello Stato intesa a preservare o a valorizzare i fasci di utilità salariale (sanità, istruzione, formazione, edilizia pubblica, ecc.); nonché ad intervenire nel caso di temporanea sospensione o perdita del posto di lavoro (cassa integrazione).

Nell’art. 42 Cost. il giudizio di ragionevolezza/razionalità nel riconoscimento della proprietà privata si fonda, anzitutto, sulla premessa sistematica di sottrarre la proprietà al dominio del singolo: “la proprietà è pubblica e privata”. Principio generale di copresenza del ruolo di sussidiarietà orizzontale dello Stato – proprietario, che apre la strada al successivo art. 43 Cost. ed alla sussidiarietà verticale rappresentato dalla riserva dei beni pubblici o comuni.

Per la proprietà la “sostenibilità economica”, cioè la disponibilità patrimoniale, del soggetto apre all’accesso, ma l’appropriazione deve essere giuridicamente compatibile, alla sua connotazione solidale: “funzione sociale” espressa nell’equo temperamento con gli interessi altrui (del non proprietario) e nel divieto di esclusività in modo da non ostacolare l’altrui accesso alla proprietà ovvero alla generale fruizione del bene.

L’indennizzo di esproprio rappresenta la proiezione del rapporto di solidarietà, così come da noi inteso, sulla base del criterio di ragionevolezza/razionalità, in quanto l’indennizzo viene ponderato tra la sostenibilità economica del sacrificio patrimoniale del singolo giustificato da motivazioni di interesse generale e la compatibilità giuridica con la situazione sostanziale manomessa.

Ed è proprio nell’art. 44 Cost. che la ragionevolezza diviene sinonimo di “razionale” in quanto lo sfruttamento del suolo viene avvocato dallo Stato (in quanto il razionale è scelta superindividuale da non confondersi con somme di utilità individuale). Si tratta di una formula di “sussidiarietà preventiva” al fine di un ponderato controllo della sostenibilità economica e compatibilità giuridica



dell'uso del territorio in funzione di equi rapporti sociali. Coerentemente nell'art. 47 Cost. l'ordinamento intende rendere effettivo l'accesso alla proprietà previsto dall'art. 42, mutuando in uguaglianza sostanziale il principio di libertà all'accesso.

Nell'art. 47 Cost. viene sancito che il diritto a legittimazione sociale (su cui *infra*) all'accesso all'abitazione<sup>73</sup> prevalentemente del non proprietario sia favorito sussidiariamente (incentivi, mutui, prelievi, ecc.), tenendo conto della compatibilità giuridica e sostenibilità economica (risparmio, accesso al credito,...)

7. È al criterio di ragionevolezza, o meglio alla irrazionalità di certe soluzioni legislative che si è rivolta la censura della Corte costituzionale sulla legge 40/2004<sup>74</sup>. La Consulta ha bocciato a larga

---

<sup>73</sup> Sul punto cfr. F. LUCARELLI - S. GIOVA, *Sostenibilità e vivibilità urbana*, Napoli 2007, *passim*.

<sup>74</sup> Legge 19 febbraio 2004, n. 40 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004.

#### CAPO I-PRINCIPI GENERALI

##### ART. 1. (*Finalità*).

1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito.

2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità.

##### ART. 2. (*Interventi contro la sterilità e la infertilità*).

1. Il Ministro della salute, sentito il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, può promuovere ricerche sulle cause patologiche, psicologiche, ambientali e sociali dei fenomeni della sterilità e della infertilità e favorire gli interventi necessari per rimuoverle nonché per ridurre l'incidenza, può incentivare gli studi e le ricerche sulle tecniche di crioconservazione dei gameti e può altresì promuovere campagne di informazione e di prevenzione dei fenomeni della sterilità e della infertilità.

2. Per le finalità di cui al comma 1 è autorizzata la spesa massima di 2 milioni di euro a decorrere dal 2004.

3. All'onere derivante dall'attuazione del comma 2 si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale

maggioranza dei suoi componenti una delle norme più contestate della legge sulla fecondazione assistita, ovvero l'art. 14, relativamente ai commi 2 e 3 concernenti la restrizione del numero degli embrioni e la mancata previsione del trasferimento senza pregiudizio alla salute della donna, limitatamente alle parole "ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre embrioni" per il comma 2; conseguentemente è ampliata la possibilità di conservare gli embrioni in sovrannumero e la scelta spetta al medico; per il comma 3 – dello stesso articolo – "nella

---

2004-2006, nell'ambito dell'unità previsionale di base di parte corrente "Fondo speciale" dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2004, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero della salute. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio.

ART. 3. *(Modifica alla legge 29 luglio 1975, n. 405).*

1. Al primo comma dell'articolo 1 della legge 29 luglio 1975, n. 405, sono aggiunte, in fine, le seguenti lettere:

*"d-bis)* l'informazione e l'assistenza riguardo ai problemi della sterilità e della infertilità umana, nonché alle tecniche di procreazione medicalmente assistita;  
*d-ter)* l'informazione sulle procedure per l'adozione e l'affidamento familiare".

2. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

## CAPO II - ACCESSO ALLE TECNICHE

ART. 4. *(Accesso alle tecniche).*

1. Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico.

2. Le tecniche di procreazione medicalmente assistita sono applicate in base ai seguenti principi:

*a)* gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della minore invasività;

*b)* consenso informato, da realizzare ai sensi dell'articolo 6.

3. È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

ART. 5. *(Requisiti soggettivi).*

parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna”.

La Corte ha però considerato inammissibili altre questioni di legittimità relative ai commi 1 e 4 dell' articolo 14: il primo comma che vieta la crioconservazione di embrioni al di fuori di ipotesi limitate, ed il comma 4 che vieta la riduzione embrionaria di gravidanze plurime salvo nei casi previsti dalla legge

---

1. Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.

ART. 6. *(Consenso informato)*.

1. Per le finalità indicate dal comma 3, prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita il medico informa in maniera dettagliata i soggetti di cui all'articolo 5 sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro. Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita. Le informazioni di cui al presente comma e quelle concernenti il grado di invasività delle tecniche nei confronti della donna e dell'uomo devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa.

2. Alla coppia devono essere prospettati con chiarezza i costi economici dell'intera procedura qualora si tratti di strutture private autorizzate.

3. La volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo modalità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo.

4. Fatti salvi i requisiti previsti dalla presente legge, il medico responsabile della struttura può decidere di non procedere alla procreazione medicalmente assistita,

sull'interruzione volontaria della gravidanza. Anche l'art. 6 della legge in commento sulla irrevocabilità del consenso prestato dalla donna dopo la fecondazione dell'ovulo è stato "salvato" solo per ragioni di inammissibilità della relativa questione "per difetto di rilevanza nei giudizi principali". Del resto la legge 40 era già stata sottoposta all'attenzione della Corte costituzionale nel 2006, ma con esiti prodromici al merito, essendosi limitati i giudici della Consulta ad una pronuncia di inammissibilità. Nel corso dell'udienza pubblica, il Comitato per la tutela della salute,

---

esclusivamente per motivi di ordine medico-sanitario. In tale caso deve fornire alla coppia motivazione scritta di tale decisione.

5. Ai richiedenti, al momento di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, devono essere esplicitate con chiarezza e mediante sottoscrizione le conseguenze giuridiche di cui all'articolo 8 e all'articolo 9 della presente legge.

ART. 7. *(Linee guida)*.

1. Il Ministro della salute, avvalendosi dell'Istituto superiore di sanità, e previo parere del Consiglio superiore di sanità, definisce, con proprio decreto, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

2. Le linee guida di cui al comma 1 sono vincolanti per tutte le strutture autorizzate.

3. Le linee guida sono aggiornate periodicamente, almeno ogni tre anni, in rapporto all'evoluzione tecnico-scientifica, con le medesime procedure di cui al comma 1.

CAPO III-DISPOSIZIONI CONCERNENTI LA TUTELA DEL NASCITURO

ART. 8. *(Stato giuridico del nato)*.

1. I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6.

ART. 9. *(Divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre)*.

1. Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice.

favorevole alla legge, aveva chiesto alla Corte di sollevare d'ufficio la questione di legittimità costituzionale sulla diagnosi pre-impianto degli embrioni, sostenendo che esiste "un diritto al figlio, ma non al figlio sano"<sup>75</sup>; la richiesta non aveva trovato accoglimento ed il divieto formalmente resterebbe.

Tuttavia, di fatto risulta disapplicato sull'onda del diritto vivente che ha indirizzato diversi giudici di merito, tra cui il Tar del Lazio, nel senso della legittimità della diagnosi pre-impianto dopo

---

2. La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396.

3. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi.

#### CAPO IV-REGOLAMENTAZIONE DELLE STRUTTURE AUTORIZZATE ALL'APPLICAZIONE DELLE TECNICHE DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

ART. 10. (*Strutture autorizzate*).

1. Gli interventi di procreazione medicalmente assistita sono realizzati nelle strutture pubbliche e private autorizzate dalle regioni e iscritte al registro di cui all'articolo 11.

2. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano definiscono con proprio atto, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge:

- a) i requisiti tecnico-scientifici e organizzativi delle strutture;
- b) le caratteristiche del personale delle strutture;
- c) i criteri per la determinazione della durata delle autorizzazioni e dei casi di revoca delle stesse;
- d) i criteri per lo svolgimento dei controlli sul rispetto delle disposizioni della presente legge e sul permanere dei requisiti tecnico-scientifici e organizzativi delle strutture.

ART. 11. (*Registro*).

1. È istituito, con decreto del Ministro della salute, presso l'Istituto superiore di sanità, il registro nazionale delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, degli embrioni formati e dei nati a seguito dell'applicazione delle tecniche medesime.

2. L'iscrizione al registro di cui al comma 1 è obbligatoria.

l'emanazione delle nuove Linee guida di applicazione della legge 40 da parte del Ministero della Salute.

Nel caso di specie a rivolgersi alla Corte erano stati il Tar del Lazio e il tribunale di Firenze, chiamati a decidere, rispettivamente, su un giudizio promosso dalla *Warm-World Association Reproductive Medicine* e sulla vicenda di due coppie sterili affette da malattie genetiche trasmissibili (esposti e retinoblastoma). Per i giudici di merito le norme in vigore (in particolare quelle affette dalla pronuncia di incostituzionalità della Corte) presentano profili di irragionevolezza

---

3. L'Istituto superiore di sanità raccoglie e diffonde, in collaborazione con gli osservatori epidemiologici regionali, le informazioni necessarie al fine di consentire la trasparenza e la pubblicità delle tecniche di procreazione medicalmente assistita adottate e dei risultati conseguiti.

4. L'Istituto superiore di sanità raccoglie le istanze, le informazioni, i suggerimenti, le proposte delle società scientifiche e degli utenti riguardanti la procreazione medicalmente assistita.

5. Le strutture di cui al presente articolo sono tenute a fornire agli osservatori epidemiologici regionali e all'Istituto superiore di sanità i dati necessari per le finalità indicate dall'articolo 15 nonché ogni altra informazione necessaria allo svolgimento delle funzioni di controllo e di ispezione da parte delle autorità competenti.

6. All'onere derivante dall'attuazione del presente articolo, determinato nella misura massima di 154.937 euro a decorrere dall'anno 2004, si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 2004-2006, nell'ambito dell'unità previsionale di base di parte corrente "Fondo speciale" dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2004, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero della salute. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio.

#### CAPO V-DIVIETI E SANZIONI

##### ART. 12. (*Divieti generali e sanzioni*).

1. Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro.

2. Chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro.

(noi diremmo meglio di irrazionalità) nella misura in cui non garantiscono un giusto bilanciamento tra la tutela dell'embrione e quella dell'esigenza di procreazione, non consentendo la valutazione in concreto del successo della pratica da effettuare e non riconoscendo alcuna discrezionalità al medico curante<sup>76</sup>. Inoltre, sottopongono ad un medesimo trattamento, determinato aprioristicamente per legge, donne in condizioni fisiche differenti costringendole a sottoporsi a ripetuti trattamenti che, in quanto

---

3. Per l'accertamento dei requisiti di cui al comma 2 il medico si avvale di una dichiarazione sottoscritta dai soggetti richiedenti. In caso di dichiarazioni mendaci si applica l'articolo 76, commi 1 e 2, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.

4. Chiunque applica tecniche di procreazione medicalmente assistita senza avere raccolto il consenso secondo le modalità di cui all'articolo 6 è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro.

5. Chiunque a qualsiasi titolo applica tecniche di procreazione medicalmente assistita in strutture diverse da quelle di cui all'articolo 10 è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 100.000 a 300.000 euro.

6. Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.

7. Chiunque realizza un processo volto ad ottenere un essere umano discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad un altro essere umano in vita o morto, è punito con la reclusione da dieci a venti anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. Il medico è punito, altresì, con l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione.

8. Non sono punibili l'uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche nei casi di cui ai commi 1, 2, 4 e 5.

9. È disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo, salvo quanto previsto dal comma 7.

10. L'autorizzazione concessa ai sensi dell'articolo 10 alla struttura al cui interno è eseguita una delle pratiche vietate ai sensi del presente articolo è sospesa per un anno. Nell'ipotesi di più violazioni dei divieti di cui al presente articolo o di recidiva l'autorizzazione può essere revocata.

CAPO VI-MISURE DI TUTELA DELL'EMBRIONE

invasivi e a basso tasso di efficacia, ledono la dignità della persona e la sua salute psico-fisica. Evidente la violazione dell'art. 3 Cost.

Ora che la Consulta si è espressa, e si attendono gli effetti che questo provocherà sui centri italiani – oltre 340 – che da cinque anni si sono attenuti alle norme –, il passo successivo è l'impegno del Parlamento, già preso dalla discussione sul testamento biologico. Il sottosegretario al Welfare con delega alla Bioetica ha commentato con estrema ambiguità i dubbi effetti della sentenza della Corte Costituzionale sulle pratiche da adottare nei centri",

---

ART. 13. (*Sperimentazione sugli embrioni umani*).

1. È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano.

2. La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative.

3. Sono, comunque, vietati:

a) la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge;

b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo;

c) interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca;

d) la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere.

4. La violazione dei divieti di cui al comma 1 è punita con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro. In caso di violazione di uno dei divieti di cui al comma 3 la pena è aumentata. Le circostanze attenuanti concorrenti con le circostanze aggravanti previste dal comma 3 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste.

5. È disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo.

ART. 14. (*Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni*).

1. È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194.



annunciando l'emanazione di “nuove linee guida”. Queste ultime si prevede saranno emanate sulla base dei pareri scientifici, elaborati dal Consiglio Superiore di Sanità, l'organo tecnico scientifico di consultazione del ministero, che sarà ascoltato così come prevede la legge.

Per il sottosegretario si porranno evidenti problemi di interpretazione delle norme e numerose contraddizioni, ragion per cui bisognerà fare chiarezza sul piano delle pratiche che potranno essere adottate dai centri.

---

2. Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre.

3. Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile.

4. Ai fini della presente legge sulla procreazione medicalmente assistita è vietata la riduzione embrionaria di gravidanze plurime, salvo nei casi previsti dalla legge 22 maggio 1978, n. 194.

5. I soggetti di cui all'articolo 5 sono informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero.

6. La violazione di uno dei divieti e degli obblighi di cui ai commi precedenti è punita con la reclusione fino a tre anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro.

7. È disposta la sospensione fino ad un anno dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno dei reati di cui al presente articolo.

8. È consentita la crioconservazione dei gameti maschile e femminile, previo consenso informato e scritto.

9. La violazione delle disposizioni di cui al comma 8 è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro.

#### CAPO VII-DISPOSIZIONI FINALI E TRANSITORIE

ART. 15.*(Relazione al Parlamento).*

1. L'Istituto superiore di sanità predispone, entro il 28 febbraio di ciascun anno, una relazione annuale per il Ministro della salute in base ai dati raccolti ai sensi dell'articolo 11, comma 5, sull'attività delle strutture autorizzate, con particolare riferimento alla valutazione epidemiologica delle tecniche e degli interventi effettuati.

A nostro avviso, e come del resto ha sottolineato la stessa Corte costituzionale, la vicenda esprime un comportamento legislativo del tutto contraddittorio – come in altri casi da noi evidenziato. Si è ceduto alla pressione sociale etichettando la legge 40/2003, ma nello stesso tempo si sono posti una serie di ostacoli irrazionali al perseguimento dell'obiettivo e dettati da una finalità morale soggettiva fuorviante rispetto al concepimento, celando con ciò una preclusione etica volta a privilegiare il concepimento naturale.

---

2. Il Ministro della salute, sulla base dei dati indicati al comma 1, presenta entro il 30 giugno di ogni anno una relazione al Parlamento sull'attuazione della presente legge.

ART. 16. (*Obiezione di coscienza*).

1. Il personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure per l'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita disciplinate dalla presente legge quando sollevi obiezione di coscienza con preventiva dichiarazione. La dichiarazione dell'obiettore deve essere comunicata entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge al direttore dell'azienda unità sanitaria locale o dell'azienda ospedaliera, nel caso di personale dipendente, al direttore sanitario, nel caso di personale dipendente da strutture private autorizzate o accreditate.

2. L'obiezione può essere sempre revocata o venire proposta anche al di fuori dei termini di cui al comma 1, ma in tale caso la dichiarazione produce effetto dopo un mese dalla sua presentazione agli organismi di cui al comma 1.

3. L'obiezione di coscienza esonera il personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie dal compimento delle procedure e delle attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'intervento di procreazione medicalmente assistita e non dall'assistenza antecedente e conseguente l'intervento.

ART. 17.

(*Disposizioni transitorie*).

1. Le strutture e i centri iscritti nell'elenco predisposto presso l'Istituto superiore di sanità ai sensi dell'ordinanza del Ministro della sanità del 5 marzo 1997, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 55 del 7 marzo 1997, sono autorizzati ad applicare le tecniche di procreazione medicalmente assistita, nel rispetto delle disposizioni della presente legge, fino al nono mese successivo alla data di entrata in vigore della presente legge.

2. Entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, le strutture e i centri di cui al comma 1 trasmettono al Ministero della salute un

Riemerge la tecnica da noi denunciata delle *sliding doors* (su cui ampiamente *infra*).

Anche nella giurisprudenza della Cassazione si registrano atteggiamenti ondivaghi quanto a scelte risolutive coinvolgenti la dinamica empirica in materia di tutela della persona. Qui l'irrazionalità delle scelte si sovrappone all'inerzia del legislatore cui è altrettanto ascrivibile il predicato dell'irrazionalità sul piano politico-legislativo.

---

elenco contenente l'indicazione numerica degli embrioni prodotti a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita nel periodo precedente la data di entrata in vigore della presente legge, nonché, nel rispetto delle vigenti disposizioni sulla tutela della riservatezza dei dati personali, l'indicazione nominativa di coloro che hanno fatto ricorso alle tecniche medesime a seguito delle quali sono stati formati gli embrioni. La violazione della disposizione del presente comma è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 25.000 a 50.000 euro.

3. Entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge il Ministro della salute, avvalendosi dell'Istituto superiore di sanità, definisce, con proprio decreto, le modalità e i termini di conservazione degli embrioni di cui al comma 2. ART. 18.

*(Fondo per le tecniche di procreazione medicalmente assistita).*

1. Al fine di favorire l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita da parte dei soggetti di cui all'articolo 5, presso il Ministero della salute è istituito il Fondo per le tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il Fondo è ripartito tra le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano sulla base di criteri determinati con decreto del Ministro della salute, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano.

2. Per la dotazione del Fondo di cui al comma 1 è autorizzata la spesa di 6,8 milioni di euro a decorrere dall'anno 2004.

3. All'onere derivante dall'attuazione del presente articolo si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 2004-2006, nell'ambito dell'unità previsionale di base di parte corrente "Fondo speciale" dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2004, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero medesimo. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio.

Recentissima infatti la pronuncia della terza sezione civile, n. 10741, che esclude la cittadinanza, nel nostro ordinamento, all'aborto selettivo o eugenetico.

Il caso pervenuto sino in Cassazione riguarda una madre che nel 1986 si era sottoposta ad una terapia farmacologica finalizzata a stimolare l'ovulazione, data la difficoltà a concepire. Esito della gravidanza un feto malformato, che dopo accurati studi scientifici, si è accertato causalmente collegato alla tipologia di somministrazione dei farmaci, che se pure in casi limitati, ne prevedevano il rischio. Sia in primo grado che in seconde cure i giudici avevano riconosciuto il risarcimento del danno ai genitori ed al figlio per violazione dell'obbligo al consenso informato e per i danni cagionati al nascituro.

La Suprema Corte riconosce piena ed autonoma soggettività giuridica al concepito, nonché sostanziale titolarità di interessi personali, quali il diritto alla vita, alla salute, all'integrità psico-fisica, all'onore e all'identità personale, tutti diritti rispetto ai quali la nascita si pone quale *condicio iuris* per l'esercizio del diritto al risarcimento. Tuttavia la sentenza precisa l'assenza di un diritto a "nascere se non sani", in ciò operando le opportune distinzioni rispetto ai casi in cui la malformazione del feto non sia causalmente riconducibile alla somministrazione di farmaci potenzialmente dannosi. Su questo piano, non basta l'omessa informazione del medico e conseguentemente l'assenza di consenso informato sul punto dell'interruzione della gravidanza da parte dei genitori, per riconoscere al nascituro il diritto al risarcimento. E ciò in quanto sulla base della normativa in tema di interruzione di gravidanza (l. n. 194 del 1978) va esclusa<sup>77</sup> la possibilità di praticare l'aborto

---

<sup>75</sup> L'espressione deriva da una trasposizione concettuale del principio "Esiste un diritto a non nascere se non sani", coniato nell'ordinamento francese a seguito di numerosi arresti giurisprudenziali della Corte di cassazione in materia di *Bebè prejudice*, di cui fu arcinoto progeno l'*Affaire Perruche* del 2000.

<sup>76</sup> D. STASIO, *Fecondazione, stop della consulta*, in *Il Sole 24ore*, 2 aprile 2009.

<sup>77</sup> In base alla giurisprudenza della Cassazione (sent. n.14488/2004, n. 6735/2002, n.16123/2006), nonché alla legge 194/1978, sull'interruzione volontaria di

eugenetico: il concepito, poi nato, non potrà chiedere il risarcimento sul presupposto della impossibilità per la madre di esercitare uno *ius eligendi* sull'aborto.

Come è evidente da un lato si conferisce piena autonomia al nascituro come soggetto giuridico, fino al punto da offrirgli uno strumento di tutela che disponga della sua stessa vita (diritto a non nascere malformato) laddove su questa abbia inciso una terapia farmacologica (senza la quale - sottolineiamo - in ogni caso non sarebbe nato); d'altro canto si circoscrive un limite di tutela al nascituro, quando i presupposti di causazione medica del danno non vi siano, laddove i suoi interessi entrino in collisione con altrettanti interessi protetti dalla Carta costituzionale, quali la salute o la vita stessa della madre.

8. Le conclusioni raggiunte offrono un indubbio avanzamento della ricerca<sup>78</sup>, in quanto svincolano i comportamenti solidali dai tentacoli di contenuti intimistici o etici, vincolandoli a parametri di valutazione sociale. Anche il criterio di ragionevolezza introdotto a livello di giurisdizione comunitaria, costituzionale o ordinaria, ci è sembrato offrire un appiglio sia pur precario, alla introduzione di nuovi criteri di interpretazioni sul bilanciamento e meritevolezza di tutela.

Sarebbe rimasto, tuttavia, un senso acuto di insoddisfazione e di incompiutezza del sistema che ha dovuto ricorrere ad integrazioni esterne (anziché ricostruzioni organiche) quali il criterio di ragionevolezza, che sembra più un escamotage (o colpo di teatro) che un sicuro ancoraggio giuridico-sociale; in tal senso abbiamo ritenuto più percorribile il criterio di razionalità nella sua dimensione interpretativa e assiologica.

---

gravidanza, e in particolare agli articoli 4 e 6 e 7, comma 3, che prevedono la possibilità di interrompere la gravidanza nei soli casi in cui la sua prosecuzione o il parto comportino un grave pericolo per al salute o la vita della dona, deve escludersi nel nostro ordinamento il c.d. aborto eugenetico.

<sup>78</sup> Cfr. F. LUCARELLI - L. PAURA, *Diritto privato e diritto pubblico*, cit.

Sembrerebbe, invero, che allo stato dell'analisi manchi un anello di congiunzione al sistema, indispensabile a non far definire aprioristico quanto assunto in merito all'interpretazione fondata sul giudizio di razionalità; cioè la sua identificazione in un contesto sovraordinato che garantisca l'effettività sistemica della solidarietà e sussidiarietà economico-sociale, ricostruendone la concatenazione logica e la compatibilità al sistema.

Ciò dipendeva soltanto dalla disattenzione o sottostima dell'interprete a non cogliere quanto balzava immediatamente agli occhi nel dettato costituzionale.

L'art. 2 Cost., difatti, nel richiamare la persona al comportamento "solidale" ne definisce un triplice aspetto "politico", economico e sociale. Cosa ha inteso il costituente per solidarietà politica, termine sfuggito ai commentatori che lo hanno considerato probabilmente riferito alle libertà? A nostro avviso occorre andare oltre, valutare la gradualità della solidarietà politica, economica e sociale e la sua specifica funzione di creare una scala di giudizi di valore in cui il primo elemento, appunto la solidarietà politica, segna il dovere del privato di assoggettarsi all'ordinamento per essere in tal modo riconosciuto come soggetto di diritto e quindi avere garanzia della protezione dell'ordinamento, sfuggendo ai conflitti individuali. Nell'assoggettarsi al diritto il privato si incorpora nella legalità costituzionale e ne ottiene come ricaduta la garanzia della razionalità legislativa. A tale momento si apre il venatiglio della protezione e del bilanciamento garantito appunto attraverso la solidarietà economica e sociale.

L'aspetto politico che finora è sfuggito – tutti presi dalla bifocalità economica e sociale e dal bilanciamento degli interessi e dei comportamenti interindividuali – ritenuto, forse erroneamente, confinato nelle libertà di voto o cariche elettive, è la centralità della funzione della solidarietà. Il richiamo prioritario alla solidarietà politica è stato dettato dal costituente per garantire il primato della politica attraverso l'interpretazione costituzionale ed il conseguente controllo di legittimità e legalità delle fattispecie legislative dei

comportamenti consociativi: “controllo di conformità ai principi fondamentali”.

In questo contesto il giudizio di valore “politico” si identifica in una interpretazione che centralizza la razionalità e meritevolezza di tutela; giudizio di valore in cui la razionalità garantisce il controllo superordinato (appunto politico) che rifugge alla mera sommatoria di giudizi individuali, per loro natura soggettivamente scomposti (pur se potenzialmente meritevoli di tutela). Il controllo sulla concatenazione logico-sistemica che ne determina la razionalità, supera anche il fragile criterio di ragionevolezza, non un metro di giudizio ma piuttosto un dato caratteriale, sinonimo di riflessività, di buonsenso; di pulsioni e controlli emotivi, anche etici per loro natura intrisi di soggettività.

Precedentemente avevamo sottolineato che il principio di razionalità (o per meglio dire il richiamo al razionale) fosse presente esplicitamente in alcuni passaggi nodali del sistema costituzionale. Le argomentazioni utilizzate nel testo offrono un senso definito ed una ratio di “effettività” all’art. 44 Cost. (cui ci riferivamo in merito al “razionale”), che altrimenti parrebbe mal posizionato nella disciplina della proprietà privata.

A nostro avviso, il legislatore, difatti, ha inteso introdurre un criterio di interpretazione superordinato (giudizio di valore conforme ai principi fondamentali) che garantisca in via preventiva il controllo politico dei delicati confini tra gestione del territorio (per sua natura pubblica) ed esercizio di proprietà fondiaria, bilanciando il razionale sfruttamento con gli equi rapporti sociali. Ma tale strumento di interpretazione proprio per il suo contenuto inteso a qualificare la legalità dei provvedimenti legislativi con la loro razionalità si estende all’intero sistema e soprattutto ai rapporti economici costituzionali, siano in gioco interessi privati o rapporti di diritto pubblico. In definitiva il “razionale” sta appunto per giudizio di valore sovraordinato, potestà sovrana assoluta, quindi a monte della pluralità pur “ragionevole” dei singoli giudizi proprietari, la cui sommatoria potrebbe non riprodurre il giudizio di

“razionalità”; o dell’azione della Pubblica Amministrazione e in quest’ultimo caso il razionale si sposa con l’efficienza ed il buon andamento ex art. 97 Cost.

Scriva Scalfari, uno degli ormai rari opinionisti di cui si condividono gli orientamenti culturali, che il berlusconismo ha trasformato l’antropologia della nostra nazione, ed è questa trasformazione che ha imbarbarito la nostra società, l’ha decostruita, de-politicizzata, frantumata, resa sensibile solo a precarie emozioni ed insensibile alla logica e alla razionalità.

Prosegue Scalfari:

«Il tema di oggi è il rapporto tra i grandi ideali della modernità: libertà uguaglianza fraternità. L’ho già scritto altre volte: l’età moderna è nata da questo trittico di principi e ha dato segnali di decadenza tutte le volte che quel trittico si è indebolito nelle coscienze e nella politica.

Il tema di oggi è quello di ridurre le disuguaglianze senza mettere a rischio la libertà. Questo distingue la sinistra dalla destra».

La speranza è che il lavoro proposto possa rispondere almeno in parole al suo appello alla “ricostruzione” dell’antropologia sociale attraverso la decodificazione dei principi costituzionali.

In definitiva, il controllo di razionalità garantisce la legalità costituzionale “al di là di ogni ragionevole dubbio”.

9. Abbiamo ritenuto opportuno ritornare sul contenuto funzionale dell’art. 47 Cost. che non può essere avulso da un’analisi economica del contesto sociale in cui va a operare l’accesso alla proprietà, il che potrebbe sviare l’interprete e indurlo a conclusioni quali quelle dell’influenza dell’ideologia comunista nel nostro dettato costituzionale che vanno respinte per impedire ai facili riformatori di travolgere quel delicato equilibrio pubblico/privato che è il fondamento di una democrazia sociale.

Art. 47 Cost.- Proprietà agevolata:



“La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito.

Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese”.

Il costituente (art. 47 Cost.) nel tutelare il risparmio in tutte le sue forme organizza una strategia economica finalizzata alla realizzazione di obiettivi primari di tutela per l'affermazione della personalità: l'abitazione, la proprietà diretta coltivatrice, l'azionariato popolare.

Nel dettato costituzionale il risparmio rileva quindi quale presupposto necessario del credito; forma di *surplus* monetari, accantonamento volontario da parte dei possessori di capitali non destinati al consumo; risparmio cd. popolare, disgiunto dal credito, destinato alla capitalizzazione nell'acquisto di beni strumentali; investimento azionario, acquisto di azioni societarie, quest'ultimo al solo scopo di possedere una parte del capitale dell'impresa e partecipare alla distribuzione degli utili

L'intervento sussidiario costituzionalmente modellato sembra esprimere la volontà pubblica di circoscrivere l'incentivazione all'accesso alla proprietà a quelle formazioni sociali medie, capaci di generare ricchezza, arginando *prima facie* le fasce sociali più deboli verso cui lo Stato avrebbe operato in via sussidiaria attraverso la proprietà pubblica ovvero tecniche di tutela alternative alla proprietà agevolata (edilizia residenziale pubblica locativa, edilizia agevolata, condoni per abitazioni abusive); ovvero forme partecipative solidali (equo canone ovvero sussidio canone). In realtà l'orizzonte del costituente si spingeva ben oltre nella valutazione dell'impatto economico susseguente alla creazione di una proprietà “agevolata”: in ossequio ai principi dello Stato democratico-sociale si costruivano gli strumenti per la captazione del consenso sociale con la promozione ed il coinvolgimento economico di quelle formazioni sociali produttive medie su cui la

strategia investiva la forza sociale di un sistema con obiettivi di uguaglianza sostanziale a gradualità differenziate.

Il rafforzamento dei settori portanti dell'iniziativa economica (mercato immobiliare, finanziario-creditizio) unitamente allo smobilizzo e alla flessibilizzazione di capitali si traduceva sul piano sociale nella creazione di una nuova formazione sociale borghese che avrebbe assunto un ruolo fondamentale nello scenario economico.

Alle formazioni sociali più deboli escluse dalla strategia costituzionale lo Stato riservava forme alternative o differenziate di solidarietà e sussidiarietà per dare attuazione al ruolo di garanzia sostanziale nella misura minima di compatibilità giuridica, assunta la sostenibilità economica del sacrificio; difatti "l'accesso" di cui all'art. 42 Cost. non si esaurisce necessariamente nell'acquisto della proprietà ma contiene in sé garanzie alternative di fruizione. (equo canone per i rapporti privati, canone pubblico per l'edilizia sociale, prelazione,...)

Trasfuso il discorso nella dinamica economico-sociale dell'attuale economia globale se ne possono cogliere gli aspetti di forte criticità, che hanno investito *in primis* il mondo della finanza per coinvolgere la società reale ed il mondo del lavoro.

Dagli anni Novanta il fenomeno consumistico rompe i confini sociali della strategia economica coinvolgendo anche le formazioni sociali più deboli non produttive di risparmio: si sostituisce il credito a consumo con l'indebitamento nelle sue forme più esasperate ed anche la "nuova borghesia" ne viene travolta.

Siamo alla crisi americana del 2008, dei mutui *sub-prime*, del fallimento bancario dei mutui casa, dell'attuale crisi globale e del delinearsi della figura del "povero debitore".

Le risposte governative sembrano indirizzarsi *prima facie* ad un ritorno al protezionismo, al ruolo dello Stato nell'economia. I provvedimenti italiani mirano all'assunzione del controllo bancario, all'irizzazione dell'industria, ai meccanismi di controllo dell'informazione e della formazione.

In realtà quella del ritorno dello Stato è forse solo un velo per la effettiva strategia economica in attuazione, se si considerano i comitati di potere della classe politica, le *lobbies* che agiscono all'interno di una crisi economica. Si parla di anti-Stato, ma ciò senza sottovalutare operazioni economico sociali parallele tese al recupero di garanzie minime di tutela (si pensi proprio al sistema dei mutui ed alle agevolazioni per evitare il collasso dell'edilizia e conseguentemente del sistema bancario, ovvero alla recente legge antisfratti). Sullo sfondo il progettato ritorno dell'edilizia popolare nel Piano sulla Casa progettato ed attuato (pur con scarsa visibilità attuale nel c.d. Piano Casa, su cui *infra*).

La recente normativa che ridisegna i rapporti tra banca e industria ne potrà far cadere il muro legislativo che le divide, rompendo gli argini che non consentivano agli istituti di credito di acquisire importanti partecipazioni in imprese o viceversa.

Oggi c'è un asso da giocare in più: la compartecipazione al rischio delle banche con quote molto più significative che in passato. Gli Istituti potranno investire fino al 15% del proprio patrimonio di vigilanza su una singola partecipazione e fino al 60% in quote di impresa. Con l'autorizzazione di diventare imprenditori in proprio salendo al 100% di un'attività industriale.

Con ciò si completa la filiera del nuovo potere politico sull'economia: dalla classe politica il controllo sia pur temporaneo dei maggiori istituti di credito, attraverso norme o interventi di salvataggio (il ricorso degli istituti di credito ai cd. *Tremonti Bond*, sfocerebbero in una sostanziale irizzazione del mondo produttivo) che assegnino una decisiva quota azionaria allo Stato; dal controllo delle Banche alla conquista delle maggiori imprese in un momento in cui il sistema industriale del Paese richiede al Governo liquidità per lanciarsi in nuove avventure industriali e tecnologiche.

La classe politica con ciò supera l'ultimo ostacolo della resistenza di quello che per tanti anni è stato definito il "salotto buono" dell'industria, in quanto la recessione tenderà a moltiplicare le crisi

aziendali -come è avvenuto in questi anni ad Alitalia e Pininfarina, coinvolgendo oggi la maggiore industria automobilistica italiana- l'investimento azionario degli istituti potrebbe diventare la chiave di volta per traghettare interi pezzi del sistema industriale verso il controllo pubblico- bancario.

I confini più labili tra banche e imprese che dovrebbero permettere agli istituti bancari di partecipare in prima fila con i loro mezzi propri al processo di ammodernamento del Paese, tra gli effetti collaterali, oltre che al controllo diretto e immediato della classe politica, l'aumento a dismisura i rischi di conflitti di interesse dove già gli intrecci sono tali da rendere del tutto fiabesca la funzione dell'*antitrust*.

Per quanto concerne l'operatività attuale dell'art. 47 Cost., cioè l'accesso agevolato alla proprietà, è da osservare che l'attuale crisi finanziaria ed il fenomeno dei mutui subprime può incidere sulla determinazione della sostenibilità economica dei soggetti coinvolti, riproponendone la compatibilità giuridica con interventi sussidiari (si pensi al blocco del 4% sui mutui a tasso variabile con accollo dell'eccedenza allo Stato; nonché alla sospensione(?) di un anno dei ratei per le banche che abbiano avuto accesso ai *Tremonti-bond*).

In questo senso nel quadro di una strategia economica costituzionalmente corretta, quali componenti della stessa, il giudizio di sostenibilità del sacrificio economico ed il bilanciamento della valutazione di legittimità/compatibilità giuridica dello stesso è connotato di variabilità e relatività. E mai come nel settore della proprietà pubblica si notano le peculiarità del bilanciamento per garantire i livelli minimi di tutela postulanti la necessità di una solidarietà e sussidiarietà integrative.

## CAPITOLO SECONDO

### I MUTUI SUBPRIME E LA TEMPESTA PERFETTA. IL CATTIVO DEBITORE E L'ACCESSO ALL'ABITAZIONE

1. Riflessioni sul metodo dell'indagine. L'art. 47 Cost. e l'accesso all'abitazione – 2. Il credito e il risparmio per l'abitazione: sguardi incrociati Italia – America. La parabola del “ricco debitore” – 3. Un approccio “bifocale” alla problematica dei mutui *subprime* nella crisi attuale dell'edilizia. Le “proprietà” dell'abitazione nel sistema italiano – 4. I mutui *subprime*. Analisi economica: una sinossi. Sguardi incrociati America – Italia – 5. La crisi dei mutui *subprime*. Una crisi “preannunciata” dalla storia – 6. Due anni di interventi a favore del debitore debole – 7. Il crollo dei nuovi mutui – 8. Il decreto anti-crisi diventa legge. Il tetto al 4%: un fragile scudo – 9. Il ritorno (?) all'edilizia pubblica. Dal c.d. Piano Di Pietro al Piano casa: l'atteggiamento politico ondivago – 10. Gli emarginati e la titolarizzazione degli alloggi. Il *Legal Empowerment of the Poor* – 11. Barak Obama e il debitore “responsabile” – 12. “Piano Obama”. 13. I Tremonti *bond* e la *bad bank* – 14. Un commento a caldo. – 15. “Anche i poveri piangono” – 16. Il capitalismo *cheap*.

1. Che l'analisi dell'art. 47 Cost. non si esaurisca nello scenario italiano ma sia una costante nel panorama globale, sia nelle esasperate soluzioni liberistiche sia nelle illusorie soluzioni della socialdemocrazia trova conferma nella recente crisi che partendo dalla tossicità dei mutui *subprime* si è estesa a macchia d'olio, corrodendo soprattutto il mondo virtuale che la finanza globale aveva voluto costruire nel superamento del capitalismo tradizionale (non a caso gli economisti prima della crisi parlavano di post-capitalismo).

La recente crisi economica, inizialmente attribuita al *default* mutui *subprime* che ha investito globalmente i mercati finanziari, induce a riflessioni che ne travalicano le singole fasi e sviluppi. Intendiamo soffermarci, soprattutto, sui riflessi travolgenti sul mercato

dell'edilizia e sulla politica urbanistica del nostro Paese, evidenziando, fra l'altro, equilibri già precari negli ultimi decenni.

In Italia la dinamica assunta dal sistema negli anni Novanta e nell'attuale crisi, nata nel mondo virtuale della finanza, sta coinvolgendo la società reale e soprattutto il mondo del lavoro, producendo quali reazioni l'abbandono dell'ultraliberismo, il ritorno dello Stato, addirittura il protezionismo nazionale. L'analisi economica, che si intende proporre, filtrata dal dettato costituzionale (con particolare riferimento all'art.47 Cost.) può offrire risposte indirizzate alla realizzazione di obiettivi primari di tutela della personalità, quali l'accesso all'abitazione, il consenso sociale, l'uguaglianza sostanziale (cfr. artt. 36-44 Cost.).

Su queste premesse metodologiche, la complessa vicenda del diritto all'abitazione, vista durante la "tempesta perfetta"<sup>79</sup> dei mutui *subprime* (che ha coinvolto globalmente sistemi economici, strutture produttive, con ricadute sulle condizioni sociali), induce, evitando le fallaci lusinghe del "diritto dell'economia", a riflettere sull'esigenza di ridisegnare, nelle sue complesse strategie, il disegno costituzionale, non isolando singole norme. Dall'analisi costituzionale nascono riflessioni che, attraverso una metafora, possono paragonarsi al tipico effetto di una "lente bifocale", lente concavo-convessa divergente che consente di focalizzare da angoli di visuale diversi l'immagine, a seconda l'inclinazione dello sguardo. In altri termini, quello che si intende sottolineare è la costante bipolarità nella Costituzione dei principi, dei valori e delle garanzie, il che si riflette nel duplice (o alternativo) effetto prismatico: uguaglianza formale e sostanziale; persona e personalità; solidarietà e sussidiarietà nei valori primari; cui corrispondono, a cascata, lavoro ed equa retribuzione, iniziativa privata e pubblica, proprietà pubblica e privata. Tridimensionali, infine, le garanzie costituzionali di accesso all'abitazione, alla proprietà diretto-coltivatrice, all'azionariato popolare: tutte garanzie che intendono rimuovere

---

<sup>79</sup> Espressione tratta da G. SARTORI, *La tempesta perfetta e la parabola del ricco debitore*, in *Corriere della sera*, Milano 31 gennaio 2009.

attraverso l'accesso al risparmio e al credito, agli incentivi, alla sussidiarietà pubblica, situazioni "di fatto" ostative alla realizzazione di "livelli di vita liberi e dignitosi".

Se, come vedremo, l'art. 47 Cost.<sup>80</sup> sarà centrale per l'analisi economica dell'impatto sociale all'accesso all'abitazione, non si può prescindere dall'incidenza che ne vengono ad assumere la politica dei redditi, il mercato del lavoro, il rapporto tra edilizia pubblica e privata, il tutto in funzione della finalizzazione del risparmio e della politica creditizia di supporto all'obiettivo: l'insieme cioè dei rapporti costituzionali dagli artt. 36 al 44 Cost.

Per il diritto all'abitazione, messo a rischio dalla crisi dei mutui *subprime*, l'equilibrio ed il bilanciamento tra l'aspirazione proprietaria del soggetto e le garanzie previste dal costituente intendono proprio evitare quel traumatico effetto, magistralmente espresso nella "parabola del ricco debitore"<sup>81</sup> che vede proprio le fasce sociali più deboli, provocatoriamente sollecitate dal mercato finanziario, ad esser, oggi, per prime, esposte alla perdita del sospirato alloggio o all'abbandono della speranza di soddisfarlo per la crisi dei mutui e del mercato creditizio.

2. Il costituente (art. 47 Cost.) nel tutelare il risparmio in tutte le sue forme organizza una strategia economica finalizzata alla realizzazione di obiettivi primari di tutela per l'affermazione della personalità: l'abitazione, la proprietà diretta coltivatrice, l'azionariato popolare.

Nel dettato costituzionale il risparmio rileva quindi quale presupposto necessario del credito; forma di *surplus* monetari,

---

<sup>80</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti* Napoli, 2008, p. 289 e ss.; F. LUCARELLI-L. PAURA, *Diritto privato e diritto pubblico tra solidarietà e sussidiarietà*, cit. p. 97 e ss.; F. LUCARELLI, S. GIOVA, *Sostenibilità e vivibilità urbana*, cit. p. 110 e ss..

<sup>81</sup> Espressione tratta da G. SARTORI *La tempesta perfetta e la parabola del ricco debitore*, in *Corriere della sera*, Milano 31 gennaio 2009.

accantonamento volontario da parte dei possessori di capitali non destinati al consumo; risparmio cd. popolare, disgiunto dal credito, destinato alla capitalizzazione nell'acquisto di beni strumentali; investimento azionario, acquisto di azioni societarie, quest'ultimo al solo scopo di possedere una parte del capitale dell'impresa e partecipare alla distribuzione degli utili .

L'intervento sussidiario costituzionalmente modellato sembra esprimere la volontà pubblica di circoscrivere l'incentivazione all'accesso alla proprietà a quelle formazioni sociali medie, capaci di generare ricchezza, arginando *prima facie* le fasce sociali più deboli verso cui lo Stato avrebbe operato in via sussidiaria attraverso la proprietà pubblica ovvero tecniche di tutela alternative alla proprietà agevolata (edilizia residenziale pubblica locativa); ovvero forme partecipative solidali (equo canone). In realtà l'orizzonte del costituente si spingeva ben oltre nella valutazione dell'impatto economico susseguente alla creazione di una proprietà "agevolata": in ossequio ai principi dello Stato democratico-sociale si costruivano gli strumenti per la captazione del consenso sociale con la promozione ed il coinvolgimento economico di quelle formazioni sociali produttive medie su cui la strategia investiva la coesione sociale di un sistema con obiettivi di uguaglianza sostanziale a gradualità differenziate.

Il rafforzamento dei settori portanti dell'iniziativa economica (mercato immobiliare, finanziario, creditizio) unitamente allo smobilizzo e alla flessibilizzazione di capitali (si pensi al trasferimento di capitali dal mondo agricolo destinato al coltivatore diretto a nuove forme di capitalizzazione) si traduceva sul piano sociale nella creazione di una nuova formazione social-borghese che avrebbe assunto un ruolo aggregante nello scenario economico.

Alle formazioni sociali più deboli escluse dalla strategia costituzionale lo Stato riservava forme alternative o differenziate di solidarietà e sussidiarietà per dare attuazione al ruolo di garanzia



sostanziale nella misura minima di compatibilità giuridica, assunta la sostenibilità economica del sacrificio delle classi privilegiate.

Trasfuso il discorso nella dinamica economico-sociale dell'attuale economia globale se ne possono cogliere gli aspetti di forte criticità, che hanno investito *in primis* il mondo della finanza per coinvolgere la società reale ed il mondo del lavoro.

Dagli anni Novanta il fenomeno consumistico rompe gli argini sociali della strategia economica coinvolgendo anche le formazioni sociali più deboli non produttive di risparmio: si sostituisce il credito a consumo con l'indebitamento nelle sue forme più esasperate ed anche la "nuova borghesia" ne viene travolta.

Siamo ai prodromi della crisi americana del 2008, dei mutui sub-prime, del fallimento bancario dei mutui casa, dell'attuale crisi globale dei mercati finanziari.

Le risposte governative sembrano indirizzarsi *prima facie* a ridisegnare il ruolo dello Stato nell'economia attraverso l'egemonia della politica: i provvedimenti italiani, infatti, mirano all'assunzione del controllo bancario, all'irizzazione dell'industria, ai meccanismi di controllo dell'informazione e della formazione.

In realtà il "ritorno" dello Stato, diverso dall'irizzazione degli anni trenta, è forse solo un velo per la effettiva strategia economica in attuazione, se si considerano i comitati di potere della classe politica, le *lobbies*, gli intrecci diffusi nel settore bancario che agiscono all'interno della crisi economica. Si parla di anti-Stato, ma ciò senza sottovalutare operazioni economico sociali parallele tese al recupero di garanzie minime di tutela (si pensi proprio al sistema dei mutui ed alle agevolazioni per evitare il collasso dell'edilizia e conseguentemente del sistema bancario, ovvero alla recente legge antisfratti, su cui *infra*). Sullo sfondo il ritorno all'edilizia popolare nel Piano sulla Casa progettato ma non attuato (su cui *infra*).

Con specifico riguardo alla situazione americana si è parlato di "una corsa contro il tempo per non sprecare il *bonus* da 800 miliardi"<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> Cfr. , F. RAMPINI, *Una disperata corsa contro il tempo per non sprecare il bonus da 800 miliardi*, in *La Repubblica*, Roma 22 gennaio 2009, p.11.

dell'originario piano *Paulson*. Dopo le voragini di perdite nuove che sono state rivelate in seguito da *Citigroup* e *Bank of America*, la metà del piano (350 miliardi di aiuti di Stato per il settore creditizio) è stata sprecata per ripianare dei buchi di bilancio che in realtà continuano a moltiplicarsi. Lo stesso ministro del tesoro *Geithner* ha ammesso che finora “i fondi pubblici hanno favorito i colossi finanziari, non le piccole imprese né le famiglie in difficoltà”<sup>83</sup>. La nuova Amministrazione, invece, oscillava tra due ipotesi estreme, ovvero tra la nazionalizzazione secca delle grandi banche, che avrebbe avuto almeno il vantaggio di dare il comando all'unico azionista che mette i capitali nelle aziende di credito (cioè lo Stato) e la creazione di una grande “*bad bank*” di Stato, un'azienda contenitore di titoli-tossici (*toxic-assets*), che comprerebbe dalle banche quella infinità di derivati, titoli strutturati e crediti cartolarizzati a cui nessuno riesce a dare più un valore perché invendibili sul mercato.

Proprio in quei giorni si veniva rafforzando l'ipotesi della *bad bank* negli Stati Uniti: un *moloch* a partecipazione pubblica che dovrebbe sterilizzare i *toxic assets* degli istituti americani- si parla di 1.000 miliardi di dollari- sgravando i bilanci degli stessi e proiettandoli fuori dall'incubo delle continue svalutazioni degli attivi legate all'allargamento dei margini sui tassi d'interesse.

Della *bad bank*, che ha incontrato generale consenso al Congresso americano, se ne sta occupando la Fdic, istituzione che assicura i depositi bancari Oltreoceano, la cui Presidente, *Sheila Bair*, ha convinto l'amministrazione Usa che si tratta del gestore giusto per lo strumento allo studio, anche con l'emissione di proprie obbligazioni garantite. Alla borsa di NY il settore finanziario ha aperto con rialzi superiori al 10% battuto da *Citigroup*, *Bank of America*, *Jp Morgan*. In Europa si sono visti movimenti anche più ampi, specie in Gran Bretagna, dove le vigilie erano state più nere. Titoli come *Lloyds* (+50%), *Rbs* (+35%), *Barclays* (+19%) sono stati protagonisti, ma anche i big tedeschi hanno superato il 20% di

---

<sup>83</sup> Cfr. nota precedente.

rialzo. Nel complesso, l'indice continentale di Stoxx 600 aveva guadagnato il 4%, dato che non si registrava da oltre un mese e mezzo. Gli indici di Francoforte, Parigi e Madrid hanno superato il 4% di rialzo, mentre il Mibtel di Piazza Affari è salito del 2,4%. La banca più comprata è *Unicredit* (+11,5%), tallonata da Intesa S.Paolo (+7%).

A seguito di tali soluzioni prospettate, si sono registrati fluttuanti rialzi dovuti anche alla volatilità e ai clamorosi ribassi segnati già solo in gennaio. Il settore è protagonista anche a Piazza Affari, dove si aggiunge l'attesa per l'accordo che dopo oltre due mesi sblocca i *bond* subordinati che il Tesoro è disposto a sottoscrivere (si parla di emissione dei cd *bond*-Tremonti da parte dell'*Unicredit*).

Investitori e banchieri italiani guardano, più che altro, agli sviluppi del braccio di ferro tra Giulio Tremonti e l'ABI, che sembra volgere al termine dopo le intese raggiunte sul protocollo tra le banche e il ministero, che sarà firmato a giorni in parallelo al decreto attuativo ministeriale. Nel protocollo dovrebbe scomparire il controllo delle Prefetture sul credito a imprese e famiglie, e ci sarebbe qualche compromesso sul codice etico e sulle politiche di remunerazione dei banchieri<sup>84</sup>.

La prospettiva americana della *bad bank*, se estesa al mercato internazionale, rischia di esporre le banche italiane a competere con altre banche internazionali ricapitalizzate e rese liquide grazie ai soldi pubblici.

In Italia le forti oscillazioni del mercato azionario erano state anche occasione di rafforzamento di posizioni già dominanti che hanno consentito l'acquisto delle azioni fortemente deprezzate: sintomatica la vicenda del Presidente del Consiglio che in piena crisi del mercato azionario ha rastrellato le azioni della "sua" *Mediaset* portando la sua quota da più del 30% a circa il 40%.

Per quanto concerne l'operatività attuale dell'art. 47 Cost., cioè l'accesso agevolato alla proprietà, è da osservare che l'attuale crisi

---

<sup>84</sup> Cfr. A. GRECO, *Accordo in Italia sui Tremonti bond e la "bad bank" USA fa volare le Borse*, in *La Repubblica*, Roma 29 gennaio 2009, p. 11.

finanziaria ed il fenomeno dei mutui *subprime* può incidere sulla determinazione della sostenibilità economica dei soggetti coinvolti, riproponendone la compatibilità giuridica con interventi sussidiari (si pensi al blocco del 4% sui mutui a tasso variabile con accollo dell'eccedenza allo Stato, su cui *infra*)<sup>85</sup>.

In questo senso nel quadro di una strategia economica costituzionalmente prevista, quali componenti della stessa, il giudizio di sostenibilità del sacrificio economico ed il conseguente bilanciamento della valutazione di legittimità/compatibilità giuridica, è connotato di variabilità e relatività. E mai come nel settore della proprietà pubblica si notano le peculiarità del bilanciamento per garantire i livelli minimi di tutela postulanti la necessità di una solidarietà e sussidiarietà integrative.

Un ulteriore intervento molto sentito da Obama era il varo non attuato di un piano da 100 miliardi per arginare la marea dei pignoramenti di case; indirettamente ad essere aiutate sarebbero state le stesse banche. Se si fermavano i pignoramenti, anche il collasso dei prezzi immobiliari si sarebbe arrestato, causa primaria del crollo di valore dei titoli legati ai mutui; quanto al prezzo delle case, un recente studio sul mercato di *Manhattan* valuta che lì debbano scendere ancora dal 20% al 40% prima di ritrovare un valore normale.

La strategia che Obama intenderebbe attuare prevede un sussidio federale quale aiuto diretto alle famiglie che non riescono a fronteggiare il pagamento dei mutui, sussidio che dovrebbe scattare se la rata del mutuo supera il 38% del reddito familiare. Tralasciando la macchinosità del provvedimento ben diverso dall'automatico tetto del 4% previsto in Italia, il legislatore americano, per realizzare efficacemente l'obiettivo, dovrebbe prevedere un tetto di reddito; specificare la tipologia dell'abitazione beneficiata (prima casa), modulando il sussidio all'empirica riferibilità della situazione abitativa, onde evitare agevolazioni ad

---

<sup>85</sup> Cfr. M. CIOCIA, *Il diritto all'abitazione tra interessi privati e valori costituzionali*, Napoli 2009, p. 55 e ss.

abitazioni di lusso, villini, etc.; infine riferirsi alla situazione sociale e familiare del mutuatario.

Tornando all'analisi economica, la recente normativa italiana che ridisegna i rapporti tra banca e industria ne potrà far cadere il muro legislativo che le divide, rompendo gli argini che non consentivano agli istituti di credito di acquisire importanti partecipazioni in imprese o viceversa. Tali disposizioni si muovevano nella dinamica del mondo capitalista che intendeva bilanciare gli equilibri tra il mondo della finanza e quello industriale anche per evitare conflitti di interesse e interferenze politiche.

Oggi c'è un'opportunità in più: la compartecipazione al rischio delle banche con quote molto più significative che in passato. Gli Istituti potranno investire fino al 15% del proprio patrimonio di vigilanza su una singola partecipazione e fino al 60% in quote di impresa, con l'autorizzazione di diventare imprenditori in proprio salendo al 100% di un'attività industriale.

Sul tema si è ventilato non a caso un conflitto di interessi per la possibilità con l'aumento della quota di blindarsi da scalate azionarie ostili. Con ciò si completa la filiera del nuovo potere politico sull'economia: dalla classe politica il controllo dei maggiori istituti di credito, attraverso norme o interventi di salvataggio (il ricorso degli istituti di credito ai cd. *Tremonti Bond*, sfocerebbe in una sostanziale "occupazione politica" del mondo produttivo) che assegnino una decisiva quota azionaria allo Stato; dal controllo delle Banche alla conquista delle maggiori imprese in un momento in cui il sistema industriale del Paese richiede al Governo liquidità per lanciarsi in nuove avventure industriali e tecnologiche.

La classe politica con ciò supera le ultime resistenze del mondo industriale, in quanto la recessione tenderà a moltiplicare le crisi aziendali -come è avvenuto in questi anni ad Alitalia e Pininfarina, coinvolgendo oggi la maggiore industria automobilistica italiana- e l'investimento azionario degli istituti potrebbe diventare la chiave di volta per traghettare interi pezzi del sistema industriale verso il controllo bancario.

I confini più labili tra banche e imprese dovrebbero permettere agli istituti bancari di partecipare in prima fila con i loro mezzi propri al processo di ammodernamento del Paese, e ciò tra gli effetti collaterali, produce oltre che il controllo diretto e immediato della classe politica, anche l'aumento a dismisura dei rischi di conflitti di interesse dove già gli intrecci sono tali da rendere del tutto vana la funzione dell'*antitrust*.

Tornando agli equilibri costituzionali si osserva, dunque, che laddove il costituente dispone obiettivi primari di tutela, questi vanno assolti nel confronto di comportamenti interindividuali tra soggetti forti e soggetti potenzialmente deboli, regolando i “doveri di comportamento solidali”. Nella realizzazione “di fatto” del valore primario attraverso il comportamento solidale, il ruolo dello Stato garantisce l'integrazione di valori economici e sociali (“l'uguaglianza sostanziale”).

Il rapporto solidarietà/sussidiarietà è chiaro così come è tracciato seguendo i dettami di una corretta analisi economica. Abbiamo visto la centralità dell'art. 47 Cost. per l'impatto economico-sociale all'accesso all'abitazione, ma come già detto non si può prescindere dall'incidenza che ne vengono ad assumere la politica dei redditi, il mercato del lavoro, il rapporto tra edilizia pubblica e privata, il tutto in funzione della finalizzazione del risparmio e della politica creditizia di supporto all'obiettivo: l'insieme cioè dei rapporti costituzionali dagli artt. 36 a 44 Cost.

In particolare nell'art. 36 Cost. (con riguardo alla formazione e alla tutela del lavoro funzionalmente correlata ai “livelli di vita liberi e dignitosi”) la solidarietà garantisce anzitutto il temperamento degli interessi ed il bilanciamento sacrificio-beneficio, tra sostenibilità economica e compatibilità giuridica, che vuole significare un equilibrio tra l'onere individuale del datore di lavoro – la compressione del suo interesse individuale – che deve essere “ragionevole” (cioè economicamente sostenibile) e la legittimità sul piano del diritto (compatibilità giuridica), cioè una retribuzione per il lavoratore corrispondente a quantità e qualità del lavoro svolto.

Difatti, la scomposizione del salario, inteso come valore virtuale di cui usufruisce il lavoratore, in fasci di utilità soddisfatti anzitutto di esigenze primarie (abitazione – alimenti – istruzione – mobilità – formazione), e a seguire condizioni di vivibilità (luce, acqua, rifiuti, etc.), ed ancora esigenze accessorie,...costituisce il parametro di quantificazione dei “ livelli di vita liberi e dignitosi” in una correlazione di diretta proporzionalità: l’aumento dei fasci di utilità eleva il tenore di vita sociale; ma se ciò è vero in relazione all’obiettivo primario di tutela, il rapporto con la sussidiarietà è inversamente proporzionale, nel senso che l’innalzamento della dimensione sociale sotto il profilo qualitativo riduce l’esigenza di intervento sussidiario; intervento che si rivela invece indispensabile quando la scomposizione del salario e la sua ricomposizione in termini di utilità realizzata non raggiunga quel minimo comune denominatore di vivibilità sociale che il costituente ha inteso in ogni caso garantire; situazione che diventa particolarmente pressante in fase di crisi dove i fasci di utilità tendono a restringersi alla conservazione dei bisogni primari (dal salario alla Cassa integrazione, dal lavoro alla disoccupazione).

3. Uno dei grandi temi costituzionali su cui si confronta la società attuale riguarda il bilanciamento del consenso sociale nei valori della solidarietà e sussidiarietà con il diritto del privato all’abitazione ed il diritto ad accedervi. Solidarietà e sussidiarietà costituiscono la lente bifocale (che, come detto, consente in base all’inclinazione dello sguardo di focalizzare differenti prospettive) di una società socialmente coesa.

In Italia seicentomila persone sono in cerca di una abitazione, mentre i prezzi degli alloggi ed i canoni di locazione sono divenuti via via insostenibili. Nel contempo una nube ulteriore sconvolge l’economia, in quanto i proprietari mutuatari, a causa della crisi dei *subprime*, sono all’insolvenza e rischiano di perdere l’alloggio,

mentre coloro che ne aspirano ne vedono soltanto un illusorio miraggio.

È il frutto avvelenato di una politica urbanistica che soprattutto nell'ultimo trentennio ha fatto prevalere un dissennato uso del territorio favorendone la privatizzazione.

La *lente bifocale*, solidarietà e sussidiarietà, che garantisce i bisogni primari nella nostra Costituzione, aveva strategicamente previsto un bilanciamento tra proprietà pubblica e proprietà privata (art.42 Cost), consegnando allo Stato funzioni di sussidiarietà nell'edilizia economica popolare e funzioni incentivanti l'accesso alla edilizia privata (art. 47 Cost); infine i rapporti tra soggetti dovevano ispirarsi ai doveri solidaristici di equi rapporti sociali (art. 44 Cost) nell'utilizzo del bene-proprietà.

Il sistema soprattutto nel decennio degli anni settanta, pur pervaso da crescenti ed obiettive difficoltà dovute alla emigrazione interna ed alla periferizzazione dei centri urbani, aveva retto, rilanciando nel dopoguerra l'edilizia economica e popolare (dalla Ina Casa di Fanfani agli Iacp), cui facevano seguito scelte equitative quali la legge sull'equo canone (1978) e l'indennizzo di esproprio (1971-77): quest'ultimo, l'indennizzo ai valori agricoli, consentiva il "razionale sfruttamento del suolo" (art. 44 Cost) e la pianificazione urbanistica.

Dall'inizio degli anni ottanta la svolta che privilegia l'edilizia privata: dalla dichiarazione di incostituzionalità della legge sull'esproprio, al depotenziamento dell'edilizia economica e popolare, alla revisione della legge sull'equo canone, ai condoni edilizi che "sollecitano" l'abusivismo, tutta la politica urbanistica è decisamente orientata verso rapaci scelte capitalistiche. Negli anni novanta anche il delicato equilibrio tra risparmio e credito costituzionalmente incentivato (art. 47 Cost) inizia ad andare in *tilt* per la provocazione consumistica all'acquisto dell'abitazione attraverso mutui, che si amplia nell'offerta a quelle fasce deboli il cui reddito si rivelerà sovente insufficiente a far fronte ai ratei. Ritornando all'edilizia residenziale pubblica, se ne assiste alla quasi totale "scomparsa",



mentre vengono posti in vendita gli alloggi precedentemente costruiti (sovente fatiscenti, privi di manutenzione e di infrastrutture urbanistiche) destinando i ricavi al risanamento dei bilanci e non a nuova edilizia sociale, come pure inizialmente previsto.

In definitiva il panorama che si presenta nei primi anni del duemila è estremamente variegato e la proprietà si presenta relativa e variabile a seconda del modello utilizzato per l'accesso:

“proprietà privata”, acquisita per successione *inter vivos* (compravendita etc) o *mortis causa*;

“proprietà finanziata”, acquisita con il concorso del risparmio e del credito;

“proprietà agevolata”, acquisita attraverso l'acquisto quasi esclusivamente del locatario dell'alloggio di edilizia economica e popolare in vendita;

“proprietà condonata”, acquisita attraverso le leggi di condono per le abitazioni costruite abusivamente.

In definitiva sarebbe un grave errore quantificare quale consolidato successo soltanto il numero degli alloggi che in Italia figurano in proprietà, circa l'80%, in quanto una corretta analisi economica, soprattutto essendo in atto una grave crisi finanziaria, mette in luce la fragilità di gran parte delle situazioni proprietarie, “variabili” in quanto esposte ad ablazione per mancato pagamento dei mutui o “relative” per la temporanea indisponibilità decennale degli alloggi di edilizia economica e popolare; mentre il proprietario condonato si vede sovente attribuite abitazioni prive dei requisiti di idoneità, sia dal punto di vista edilizio che da quello urbanistico. Infine si dimentica quel 20% residuale di affittuari esposti ad un mercato di continua vertiginosa ascesa, in cui il canone di locazione supera sovente il 60% del reddito divenendo insostenibile.

Si deve evidenziare l'aumento delle cause di sfratto in cui prevale l'elemento della morosità sulla finita locazione o necessità del locatore. Per quanto riguarda i prezzi dei canoni di locazione le cifre più alte riguardano ovviamente le grandi città quali Roma e

Milano dove un trilocale raggiunge la cifra di 1.400 euro mensili distanziando di poco Bologna, Firenze e Napoli. In questa maniera l'incremento dei canoni di mercato delle locazioni a fronte di una crescita delle disponibilità familiari del 21% è aumentato di circa il 70%, vicino cioè a 38 punti di percentuale. A questo punto è evidente sottolineare quanto già precedentemente posto in rilievo che i fasci di utilità che partono dai salari e che ci offrono quel minimo comune denominatore dei "livelli di vita liberi e dignitosi", ne vengono ad essere estremamente condizionati assorbendo l'abitazione fino ai 2/3 del salario.

I dati relativi al numero delle persone iscritte nelle graduatorie comunali ed in lista di attesa per un alloggio di edilizia pubblica non tendono che marginalmente ad incrementarsi negli ultimi anni il che sembrerebbe contraddire l'aumento del diffuso disagio abitativo. Ma ciò in realtà è dovuto alla circostanza della sfiducia nell'accesso all'abitazione attraverso graduatorie per cui si diffonde il fenomeno informale delle occupazioni abusive degli alloggi popolari a danno degli assegnatari o dei pretendenti, fenomeno aggravato dalle sanatorie delle occupazioni abusive previste da molti comuni.

#### 4. Il ruolo della proprietà edilizia nel confronto America- Italia

America percentuale degli alloggi in proprietà privata 69%

Italia percentuale degli alloggi in proprietà privata 80% di cui 52% al Sud

Proprietà o affitto: una scelta non condivisa

La Costituzione italiana e l'art. 47 Cost.: la classe media e l'incentivo all'acquisto dell'abitazione

La proprietà individuale e la proprietà pubblica (edilizia economico-popolare, vendita alloggi popolari – mutui)

L'accesso all'abitazione e l'equo canone: i mitici anni settanta

L'abitazione sociale

L'incremento in Italia dell'edilizia privata; la provocazione finanziaria

Dagli anni ottanta l'eclissi dell'edilizia popolare

Il mercato libero – l'abusivismo

*Sguardi incrociati America- Italia*

La crisi americana degli anni Trenta

Gli interventi legislativi

In Italia la crisi dei mutui

L'eccesso dell'offerta abitativa privata

La provocazione all'accesso delle classi marginali

Lo sfioramento dell'art. 47 Cost. e l'incremento degli acquisti

Il declino dell'edilizia economica e popolare – media europea di costruzioni 20%- Italia 4% - Francia 23% - Inghilterra 28% - Olanda 34%

L'abusivismo ed i condoni in Italia

I tassi dei mutui a tasso variabile ed il tetto del 4%

La resistenza del sistema

La surroga degli Iacp in caso di insolvenza. La locazione per l'ex proprietario

2008 Il "Piano Casa" ed il rilancio dell'edilizia sociale. La scelta a favore della locazione (60%)

Definizione di alloggio popolare ed il canone sociale. I soggetti beneficiari

L'accesso degli emarginati all'abitazione. Il *Legal Empowerment of the Poor*

Il caso Brasile

Le *favelas*, il possesso e la titolarizzazione degli alloggi

5. La cosiddetta crisi dei mutui *subprime* segna una svolta storica per la nostra cultura e la nostra economia cogliendo sovente del tutto impreparati gli economisti, ancora una volta relegati al ruolo di "storici del giorno dopo". È la conseguenza dell'esplosione di una bolla speculativa nel mercato della casa, che, iniziata negli Stati

Uniti nel 2006<sup>86</sup>, si è diffusa a cascata in molti altri Paesi sotto forma di fallimenti finanziari e di una stretta creditizia globale. Probabilmente le forze perverse scatenate dalla crisi dei mutui *subprime*<sup>87</sup> continueranno ad imperversare per anni, minacciando di provocare una quantità crescente di danni collaterali. La devastazione dei mercati finanziari globali ha già raggiunto proporzioni storiche e avrà importanti conseguenze economiche, oltre ad aver innescato cambiamenti sociali fondamentali, che

---

<sup>86</sup> Il mercato cominciò ad ingolfare, e nonostante le grosse prospettive propagandate dai leader del paese, verso la metà del 2006 i prezzi delle case negli Stati Uniti cominciarono a scendere. La continua accelerazione del calo dei prezzi provocò il crollo del boom della costruzione delle case.

Intanto, una volta superata la fase delle «perplexità» iniziali, i tassi dei mutui ipotecari avevano ripreso a salire. Ebbero inizio le inadempienze, specie tra i titolari dei mutui *subprime* che spesso avevano debiti superiori al valore delle case o non erano in grado di sostenere i continui rialzi delle rate mensili con i redditi correnti. A questo punto molte istituzioni finanziarie che avevano partecipato a quella che un tempo sembrava una coraggiosa campagna di espansione della proprietà della casa, accompagnata da un'esotica innovazione finanziaria, si trovarono in varia misura nei guai. I mercati creditizi mondiali mostrarono segni di chiusura.

La crisi si è propagata, da quello immobiliare, ad altri settori. Le inadempienze sulle carte di credito e sui finanziamenti per l'acquisto di automobili stanno crescendo minacciosamente. Le valutazioni dell'affidabilità degli assicuratori delle obbligazioni municipali vengono abbassate, con il rischio che il problema si propaghi al finanziamento delle amministrazioni statali e locali. Il mercato della carta commerciale ha subito un grave shock e anche il mercato delle obbligazioni collegate a prestiti societari appare perturbato.

D'altro canto, la crisi dei mutui *subprime* non si è arrestata ai confini degli Stati Uniti. Si avvertono segni che il boom dei mercati immobiliari ha toccato il picco o che sta quanto meno assestandosi, in tutto il mondo. Gli effetti della crisi finanziaria sono filtrati in altri paesi, come dimostrano i fallimenti di IKB Deutsche Industriebank AG e SachsenLB Bank in Germania, il fallimento dei fondi di investimento sponsorizzati da BNP Paribas in Francia, e la corsa al ritiro dei fondi da Northern Rock Building Society in Inghilterra, tratto da R. J. SHILLER, *Finanzaschock. Come uscire dalla crisi dei mutui subprime*, Milano, 2008, p. 6 e ss.

<sup>87</sup> Sebbene abbia applicazioni di natura globale, la crisi dei *mutui subprime* deve essere spiegata con riferimento al luogo ed al tempo di origine, ossia l'America del XX secolo.

influenzano abitudini di consumo, valori e rapporti fra le persone. I danni provocati sui mercati finanziari si estendono all'economia reale corrodendo il tessuto sociale e la fiducia nelle istituzioni: non sono soltanto come potrebbe apparire *prima facie* i ricchi speculatori a soffrirne le conseguenze, ma soprattutto le classi emarginate che vedono dissolti non solo i loro faticosi risparmi (sovente impegnati nell'acquisto di un'abitazione a mutuo) ma la loro stessa

---

Prima del problema attuale, l'ultima grande crisi del mercato della casa negli Stati Uniti si verificò negli anni 1925-33. in quel periodo i prezzi delle case scesero del 30 per cento ed il tasso di disoccupazione salì fino al 25 per cento, il picco della grande depressione. La crisi mise in luce l'esistenza di vistosi difetti nelle istituzioni finanziarie dell'epoca. Allora ricontraevano prevalentemente prestiti ipotecari a breve termine, di cinque anni o meno, con la previsione di rinnovarli poco prima della scadenza. Con l'acuirsi della crisi, i mutuatari divenivano sempre più incapaci di rifinanziare i mutui ipotecari, e perciò finivano per perdere le case. La National Association of Real Estate Boards, un precursore dell'odierna National Association of Realtors, agli inizi degli anni Trenta propose al Congresso di creare un nuovo sistema bancario per i mutui ipotecari (home-loan banking system), parallelo al sistema della Federal Reserve che era stato istituito per legge nel 1913. al pari del sistema della Federal Reserve, anche il sistema della Federal Home Loan Bank ebbe 12 banche regionali. E come il sistema della Federal Reserve aveva la facoltà di scontare le attività di ogni banca che ne fosse membro, così il sistema della Federal Home Loan Bank poteva offrire un sostegno analogo agli erogatori di mutui ipotecari. Si trattò di una risposta su vasta scala ad una crisi su vasta scala. In seguito il sistema della Federal Home Loan Bank è stato modificato, ma esiste ancora, e durante la crisi attuale fornisce un'assistenza sotto forma di finanziamenti delle ipoteche. Le riforme non si limitarono a questo. Nel 1933, con Roosevelt nuovo presidente, il Congresso creò la Home Owners' Loan Corporation (HOLC) che erogava prestiti alle istituzioni locali che finanziavano l'acquisto di case – accettando come garanzie collaterali rischiose ipoteche mobiliari – e dunque, in pratica, offriva sovvenzioni pubbliche al settore dei mutui ipotecari. Ma l'HOLC non si limitava a fornire sovvenzioni: cambiò anche le regole del settore ipotecario. L'HOLC esigeva che le nuove ipoteche che sponzorizzava si riferissero a mutui di 15 anni a tasso fisso e ad ammortamento automatico, ossia a mutui che venissero rimborsati mediante rate mensili costanti, impedendo l'accumulo di debiti elevati da saldare alla scadenza. Nel 1934 il Congresso creò la Federal House Administration (FHA) che intendeva promuovere la proprietà delle case a favore di coloro che non potevano

sopravvivenza per la perdita del valore di acquisto del salario se non addirittura del posto di lavoro.

Ma analizziamo come si arriva in Italia all'attuale crisi che la politica vorrebbe addossare del tutto ad influenze esterne e soprattutto alla "importazione" dagli Stati Uniti, omettendo di valutare la particolare fragilità del nostro sistema economico e le scelte inopportune avvenute negli ultimi decenni. Se ci soffermiamo alla crisi attuale dei mutui, specie quelli a tasso variabile nell'acquisto

---

permettersi di acquistarla. La FHA fece anche di più della HOLC per migliorare l'istituzione dei mutui ipotecari: elevò la durata dei prestiti a 20 anni e richiese, come per altro faceva anche l'HOLC, che i mutui fossero a tasso fisso e si ammortizzassero automaticamente. Ciò aprì la strada all'affermazione dei familiari mutui ipotecari a tasso fisso dei nostri giorni; dagli anni Cinquanta in poi, le ipoteche divennero strumenti trentennali, ancora con l'incoraggiamento della FHA.

Sempre nel 1934 il Congresso creò la Federal Deposit Insurance Corporation, che assicurava il sistema bancario contro il tipo di terribili crolli che si erano verificati nel 1933, come conseguenza della crisi immobiliare. A quel tempo l'assicurazione dei depositi su scala nazionale fu un'idea radicalmente nuova che funziona molto bene: da allora negli Stati Uniti non si sono più viste corse agli sportelli delle banche.

Un'ulteriore innovazione introdotta nel 1934 dal Congresso fu la creazione della Securities and Exchange Commission (SEC), un'agenzia dotata di poteri regolamentativi, incaricata di sovrintendere al funzionamento dei mercati finanziari. La SEC ha trattato in modo costruttivo con la comunità finanziaria, svolgendo il suo compito in modo equo e proficuo per tutte le parti.

Nel 1938 il Congresso creò la Federal National Mortgage Association, che in seguito fu indicata con il soprannome di Fannie Mae (divenuto la sua attuale denominazione ufficiale), che sostenne ulteriormente il settore ipotecario e finì per incoraggiare la diffusione della cartolarizzazione delle ipoteche.

La validità delle idee realizzate per rispondere alla crisi finanziaria degli anni Trenta è resa evidente dalla durata delle istituzioni create: tutte, tranne l'HOLC, esistono ancora. Inoltre queste istituzioni sono divenute il modello per la creazione di istituzioni analoghe in tutto il mondo. Benché ci siano voluti molti anni, spesso decenni, perché alcuni di questi modelli istituzionali si propagassero in tutto il mondo, oggi tutti i paesi con istituzioni economiche ed evolute hanno organismi equivalenti alla SEC, che in alcuni casi sono stati creati solo negli anni Novanta. Praticamente tutti i principali paesi del mondo dispongono anche dei sistemi di assicurazione dei depositi presso le banche e gli istituti finanziari, allo

dell'abitazione, bisogna porre l'accento sullo scenario economico che ne accompagna il recente sviluppo. Dagli anni Novanta l'accesso alla proprietà degli immobili, prima riservato a fasce privilegiate o comunque medio-alte o infine a coloro di minor reddito (limitato alle quote di edilizia popolare riservata in proprietà), si accresce a dismisura attraverso una politica indiscriminata nella concessione dei mutui, anche privi di garanzia sostanziale (mutui *subprime*). Se prendiamo a riferimento il mercato americano e quello italiano vedremo che nel primo caso, malgrado il *boom* dei prezzi degli alloggi degli anni ottanta che investe tutto il mercato globale, l'acquisto delle abitazioni si accresce a dismisura. Nel periodo 1997-2005, negli Stati Uniti la percentuale dei proprietari di case costantemente cresce in tutti gli Stati, attingendo anche a quei gruppi etnici, ispanici e afro-americani, che ne erano precedentemente esclusi, coinvolgendo tutte le fasce di reddito. Secondo il censimento USA, in quel periodo il tasso di proprietari di alloggi salì dal 65,7 al 68,6 per cento (il che rappresenta un aumento del 4,4 per cento almeno del numero di case occupate dai proprietari). L'aumento dei proprietari di case diviene anche sensibile fra i giovani al di sotto dei trentacinque anni e nella fascia dei redditi al di sotto del livello medio<sup>88</sup>.

scopo di incoraggiare la proprietà della casa nelle fasce di reddito più basse, tratto da R. J. SHILLER, *Finanzaschock*, cit. p. 6 e ss..

<sup>88</sup> «Nonostante la gravità dell'attuale crisi dei mutui subprime, la risposta del governo delude per la sua limitatezza rispetto a quella degli anni Trenta ed è totalmente inadeguata rispetto alle proporzioni del problema.

I salvataggi ad opera della FHA, annunciati dal presidente George W. Bush nell'estate del 2007, avrebbero dovuto aiutare i debitori i cui tassi variabili stavano risalendo a livelli esorbitanti. Ma anche se avessero mantenuto le promesse iniziali, i salvataggi avrebbero coperto soltanto il 2 per cento circa delle ipoteche garantite da Fannie Mae. E in pratica non hanno raggiunto neanche questo obiettivo.

Il piano di salvataggio Master Liquidity Enhancement Conduit (MLEC) «Super Siv» proposto nell'autunno del 2007 dal ministro del Tesoro USA, Henry M. Paulson Jr., sarebbe equivalso al massimo a un decimo del Federal Home Loan Bank System, che fortunatamente sopravvive dal tempo delle riforme della grande depressione. Il risultato è stato la cancellazione totale del MLEC.

Come già detto, il *boom* immobiliare registrato negli Usa nel 2006, ha determinato l'aumento delle case di proprietà dal 64% del 1994 al record del 69%. La domanda di abitazioni ha "drogato" i prezzi: dal 1997 al 2006 il valore delle case è salito del 124%. Questo, però, ha anche fatto aumentare l'indebitamento delle famiglie esposte ai mutui sempre crescenti per l'acquisto della casa.

Nel 2007 il rapporto tra debito e reddito negli Usa ha raggiunto il 130%: il 30% in più rispetto a dieci anni prima. Ma la corsa dei

---

Probabilmente i criteri per la revisione dei mutui ipotecari a tasso variabile, promossa dall'American Securitization Forum verso la fine del 2007, si risolveranno in aggiustamenti dei pagamenti delle rate dei mutui, che ammonteranno a meno dell'1 per cento dei depositi assicurati dalla Federal Deposit Insurance Corporation.

Le proroghe del termine assegnato per il pagamento prima del pignoramento, previste dal Project Lifeline, che l'amministrazione Bush ha annunciato di avere negoziato nel febbraio 2008, accordavano soltanto un'estensione di 30 giorni del periodo precedente la procedura di fallimento. Tutto ciò non rappresentava che una dichiarazione di intenti, con cui i principali prestatori di mutui ipotecari hanno risposto alle esortazioni ad agire rivolte dal Presidente.

Fra le altre misure prese vi sono i tagli dei tassi di interesse da parte della Federal Reserve; il Team Auction Facility (TAF) annunciato il 21 dicembre 2007; il Team Securities Lending Facilities (TSLF) annunciato l'11 marzo 2008; e il Primary Dealer Credit Facility (PDCF) annunciato il 16 marzo 2008, nonché il passaggio e l'approvazione dell'Economic Stimulus Act del 2008, trasformato in legge dal presidente Bush il 13 febbraio 2008. anche se probabilmente utili, gli sgravi fiscali contenuti nel pacchetto di incentivi, e l'ammontare totale dei prestiti previsti dalle misure TAF, TSLF e PDCF, finora sono stati dell'ordine di grandezza dell'1 per cento appena del PIL annuo degli Stati Uniti; nonostante tendano all'aumento non sono ancora all'altezza delle proporzioni del problema.

Durante il crollo del mercato della casa seguito al boom dei prezzi degli anni Ottanta, il Governo americano approvò il Federal Housing Enterprises Financial Safety and Soundness Act del 1992 (la cosiddetta legge GSE), che a sua volta creò l'Office of Federal Housing Enterprise Oversight (OFHEO), incaricato di vigilare sui rischi che venivano assunti da imprese sponsorizzate dallo stato, come Freddie Mac e Fannie Mae. Uno degli obiettivi dell'OFHEO, enunciato dalla legge, era quello di prevenire anche la mera possibilità di un congelamento finanziario. OFHEO esiste ancora oggi e sorveglia i possibili rischi sistemici. Le legge GSE imponeva a OFHEO di eseguire un test che simulasse alcuni possibili scenari sfavorevoli del tasso di interesse e del rischio di credito e OFHEO l'ha fatto.



prezzi delle case negli Usa non poteva restare senza conseguenze. Il *boom* immobiliare aveva già iniziato a mostrare un rallentamento nel 2005. Nel 2007 e nel 2008 il ribasso è stato del 9,7% e del 15,3%. Il ribasso ha causato un aumento dei pignoramenti delle case, i cui proprietari non erano più in grado di far fronte alle rate dei mutui. Dal 2004 al 2006, la *Federal Reserve*, la Banca centrale degli Stati Uniti, ha alzato i tassi d'interesse 17 volte, portandoli dall'1 al 5, 25%: ciò ha causato un forte rincaro dei mutui.

---

La democratizzazione della finanza è già stata in un certo senso incorporata nella cosiddetta rivoluzione della microfinanza. Il premio Nobel per la pace – assegnato nel 2006 a Muhammad Yunus e alla Grameen Bank ha impresso nuovo slancio alle innovazioni avviate. La rivoluzione della microfinanza consta di nuove istituzioni che concedono prestiti alle imprese più piccole, spesso nelle zone del mondo meno sviluppate.

Yunus è stato ascoltato con simpatia dai leader mondiali in Cina, Russia e altrove. Più in generale, i leader dei paesi emergenti di tutto il mondo si mostrano interessati all'idea di estendere i servizi finanziari a settori più ampi della popolazione. Il presidente messicano Felipe Calderón ha invocato l'applicazione di misure volte a promuovere la «cultura finanziaria» nel suo paese. La Inter-American Development Bank ha lanciato una campagna di azioni volte a espandere la gamma dei servizi finanziari disponibili per le popolazioni di tutta l'America Latina. Un'altra iniziativa associata alla democrazia finanziaria è quella dell'innovatore della politica economica peruviana, Hernando de Soto, autore di *The Mystery of capital* che, nell'affermare l'importanza dei diritti di proprietà nei paesi in via di sviluppo, ha accentuato il nesso essenziale che lega, nella realtà dei poveri, la proprietà legale all'accesso al capitale finanziario fornito da fonti tanto interne quanto esterne.

Alcuni aspetti della soluzione della crisi dei mutui subprime delineata rientrano nel filone di tali iniziative, ma vi sono delle differenze. Le misure proposte sono, in prima istanza, pensate per i paesi più avanzati. Vanno a favore non soltanto dei poveri, ma anche delle persone che lottano per farcela con redditi modesti: sono misure utili per tutti. Qui si insiste molto sul modo di affrontare la crisi dei mutui subprime e le analoghe crisi future, sviluppando una nuova infrastruttura finanziaria destinata all'intera popolazione, avvalendosi a tal fine dei metodi finanziari più avanzati.

Alla fine del 2007 le banche chiedevano a gran voce di venire esentate dai requisiti dallo Standard 114 Financial Accounting. Questa norma, emessa dal Financial Accounting Standards Board, impone alle banche di dichiarare i crediti in sofferenza sulla base del valore attuale del cash flow futuro. Si tratta del

Per i mutui *subprime* erogati nel 2000 solo un cliente su 20 non era riuscito a pagare le rate entro i primi 10 mesi dall'erogazione del mutuo. Per i mutui erogati nel 2007, invece, il tasso di insolvenza è salito quasi a un cliente su sei: dieci mesi dopo l'erogazione del mutuo 15 famiglie su 100 non sono più in grado di pagare le rate. Secondo gli ultimi dati aggiornati a giugno 2008 il tasso di insolvenza sui mutui subprime è dunque molto elevato: il 37, 44% dei mutui erogati nel 2005 ha problemi di pagamento. Percentuale che sale a 40,28% per i mutui concessi nel 2006 e che si ferma invece al 29,28% per quelli stipulati nel 2007. All'inizio le banche non riescono a valutare correttamente questi segnali negativi come un problema. Il motivo di questa incapacità è che i mutui *subprime* sono stati quasi tutti "cartolarizzati". Questo significa che le banche li ha "impacchettati" in obbligazioni (*Asset backed securities*, Abs) che sono state vendute agli investitori. Gli istituti di credito hanno ceduto mutui – e i loro rischi – ad altri investitori, "spalmandoli" su più società. Molti economisti confidavano nel fatto che le cartolarizzazioni avrebbero disperso i rischi, ma invano. Le Abs ( che negli Usa ammontano a 4.200 miliardi di dollari) sono state infatti in gran parte "rimpacchettate" da altre banche in altre obbligazioni (i cosiddetti Cdo, *Collateralised Debt Obligation*) il cui valore ammonta ad altri 3mila miliardi di dollari. Il risultato è che il rischio subprime è arrivato in tutto il mondo attraverso questi *bond*. E non si sa in quante Abs e in quanti Cdo sia effettivamente finito. Questa incertezza manda in poco tempo in tilt il mercato delle cartolarizzazioni, anche quelle non riguardanti i *subprime*. Nessuno è

---

tentativo di standardizzare il trattamento contabile di tali passività, onde rendere più difficile dissimularle nella compilazione dei documenti prescritti. Le banche protestarono che non avevano assolutamente sviluppato la capacità contabile necessaria per gestire una simile massa di prestiti da ristrutturare. Ora, se non l'avevano sviluppata, era perché non si erano assolutamente accorti della crisi imminente. L'indebolimento degli standard creditizi che portarono a questa situazione fa parte del normale processo di una bolla speculativa, come è stato sostenuto molto tempo fa dagli economisti Hyman Minsky e Charles Kindleberger", tratto da R. J. SHILLER, *Finanzaschock*, cit., p. 8 e ss..

disposto a comprarle, i prezzi crollano (anche più del'80%), mentre per chi le possiede le perdite sono di miliardi di dollari.

Dall'inizio della crisi dei mutui (luglio 2007), al *crack* di *Lehman Brothers*, le Borse di tutto il mondo hanno bruciato oltre 17mila miliardi di dollari. Le vendite colpiscono soprattutto le azioni delle banche e i titoli finanziari. In forte tensione si trovano anche le assicurazioni, ma le vendite colpiscono tutti i settori, anche quelli non legati ai mutui *subprime*. Da un lato la crisi pesa sulla congiuntura e dunque sui consumi; dall'altro gli istituti di credito in crisi e i fondi – colpiti dai riscatti – sono costretti a vendere tutti i titoli liquidi che hanno in portafoglio<sup>89</sup>.

Ritornando al “caso” italiano, come dicevamo, il fenomeno è ancora più rilevante fino a raggiungere la quota di circa l'80% di abitazione in proprietà e ciò mentre l'edilizia economica e popolare quasi scompare dall'orizzonte edilizio (eccettuato il caso della l. 219/80 con la costruzione dei 20.000 alloggi nella Regione Campania); l'ultimo dato rilevante è del 4% rispetto al 32% dell'Olanda. Fenomeno che si deve anch'esso collegare alla grande diffusione dei mutui *sub-prime* a cui si sottrae il crescente abusivismo edilizio (controllato in gran parte da associazioni criminali) che soddisfa direttamente le fasce più deboli.

Come tutti i dati statistici essi vanno filtrati, in quanto nel meridione d'Italia la percentuale degli alloggi in proprietà supera a stento il 50%. La crisi attuale ha determinato due immediate conseguenze: la diminuzione delle vendite degli alloggi, malgrado la diminuzione dei prezzi che, soprattutto nei grandi centri urbani (che avevano raggiunto rialzi vertiginosi), attesta un calo quantificabile nel 30% circa; gli uffici notarili sottolineano una rilevante diminuzione di contratti.

Con il 2009 cambiano le strategie per fronteggiare il “caro mutui”: una mano decisiva arriva, innanzitutto, dal mercato che, dopo un periodo di crescita dei tassi, oggi presenta parametri senz'altro più

---

<sup>89</sup> I dati statistici riportati sono tratti da AA. VV., *La grande crisi. Domane e risposte*, opuscolo di approfondimenti de *Il Sole 24ore*, Milano, p. 11 e ss.

tranquillizzanti. Ma anche la legislazione sta tentando di arginare il fenomeno. Per usufruire del paracadute di protezione statale si deve trattare di mutui stipulati entro il 31 ottobre 2008: si deve trattare di mutui a “tasso non fisso”, e che prevedano un sistema di indicizzazione degli interessi, compresi quelli che concedono l’alternativa tra tasso fisso e variabile e che, al 31 ottobre 2008, si trovassero in un periodo di applicazione del tasso variabile (la norma pare mettere in una grave situazione di disparità di trattamento i titolari di mutuo a tasso fisso, con implicazioni di rilevanza costituzionale). Devono essere mutui stipulati da persone fisiche per acquisto, costruzione e ristrutturazione dell’abitazione principale (escluse abitazioni di lusso, castelli e ville – ma non le “villette” come quelle “a schiera”); si può trattare anche di mutui rinegoziati (cfr. articolo 3, d.l. 93/2008, nonché la l.2/09 di conversione del d.l. 185/08).

L’esigenza di un intervento pubblico fa riemergere in modo del tutto singolare il ruolo Ater e Iacp: il decreto legge 158/08 (c.d. decreto antisfratti) in sede di conversione dispone che gli immobili degli insolventi possono divenire di proprietà degli IACP, “mutuando” i proprietari ad inquilini a canone sociale. La rata del mutuatario insolvente viene sostituita da un canone di affitto pari al 70% del canone concordato che ripaga l’Iacp.

#### *6. Due anni di interventi a favore dei debitori*

<b>La disposizione</b>	<b>La procedura</b>	<b>Gli effetti</b>
Rinegoziazione “Bersani” (d.l. 7/2007)	Si può richiedere alla propria banca, che non ha l’obbligo di accettare. Interessa tutti i tipi di mutuo. È gratuita e non	Consente di cambiare lo <i>spread</i> , il tipo di tasso e la durata del finanziamento.

	comporta perdita dei benefici fiscali.	
Surrogazione “Bersani” (d.l. 7/2007)	Si può chiedere in qualsiasi momento (non c’è obbligo per la banca di accettare).	Le condizioni del nuovo mutuo sono quelle concordate con la nuova banca.
Rinegoziazione “Tremonti” (d.l. 93/2008)	Possibile chiederla entro tre mesi dal ricevimento della proposta della banca (la banca deve accettare). L’operazione è chiusa.	La rata diventa di ammontare pari alla media dei tassi applicati nel 2006.
Mutui con tasso Bce (d.l. 185/2008)	Le banche devono mettere a disposizione mutui a tasso variabile indicizzati al tasso applicato applicato ai finanziamenti della Bce alle banche.	La rata dovrebbe essere di ammontare pari a quella di un identico mutuo indicizzato all’Euribor.
Tetto degli interessi al 4% (d.l. 185/2008)	Lo Stato si accolla l’eccedenza degli interessi rispetto alla soglia del 4%	La misura vale solo nel 2009 per i mutui a tasso variabile per acquisto abitazione principale
Decreto antisfratti (d.l. 158/2008)	Gli alloggi dei mutuatari insolventi possono essere acquistati da Ater e Iacp	La rata del mutuatario viene sostituita da un canone di affitto pari al 70% del canone concordato

		che ripagato da Iacp
--	--	----------------------

7. Seguendo i dati statistici si registra un drastico calo per le erogazioni di mutui per acquistare casa. *Nomisma* stima che i “nuovi” finanziamenti immobiliari avrebbero registrato lo scorso anno una perdita secca del 19%: è il *trend* negativo del finanziamento immobiliare. Dopo anni di costante aumento sono in calo sia l'importo medio dell'erogazione dei mutui che le compravendite. Secondo le stime nel 2009 le compravendite scenderanno a 615.000 dal picco di 845.000 del 2006. Circa l'effetto del decreto Tremonti che ha fissato al 4% il tetto massimo da applicare sui mutui a tasso variabile fin da gennaio, mancando i decreti attuativi, le banche non si adeguano, applicando tassi superiori, utilizzando anche una circolare del ministero del Tesoro che concede alle banche un tempo di adeguamento fino a febbraio. Se la rata è più bassa è solo perché l'Euribor, il tasso di riferimento, è sceso vertiginosamente. Un'altra tecnica di resistenza da parte delle banche è quella di alzare lo *spread* che in taluni casi supera il 2% annullando l'effetto del tetto Tremonti.

Anni 2007/2008

Erogazioni totali (in milioni di euro)	62.727	57.014	-9%
Mutui per sostituzione e surroga (in milioni di euro)	4.692	9.752	+108%
Nuovi mutui (in milioni di euro)	58.036	47.262	-19%
Importo medio	128.455	123.352	-4%

mutuo erogato (in euro)			
Compravendite totali (in numero)	815.204	692.511	-15%

8. La manovra anti-crisi varata dal Governo con il dl 185/08 ha ottenuto il via libera definitivo alla conversione in legge. Il Governo incassa al Senato l'undicesima fiducia dal suo insediamento con 158 "sì", 126 "no" e due astenuti.

Il provvedimento dal valore di circa 5 miliardi per il 2009, spazia dal bonus famiglia all'Iva per cassa passando per il ripristino dell'eco-agevolazione del 55% sulle ristrutturazioni.

Il decreto rappresenta la prima fase del piano del Governo per affrontare l'emergenza finanziaria ed economica, che sarà seguita da nuovi interventi: in primis l'irrobustimento della dote per gli ammortizzatori e le agevolazioni per il settore auto.

L'Esecutivo dovrà anche risolvere la questione degli errori tecnici contenuti nel testo d.l. licenziato dalla Camera e ora diventato definitivo per l'approvazione di palazzo Madama senza modifiche. Errori che riguardano alcune misure sulle opere pubbliche e sulle ferrovie, che dovrebbero essere sanati con appositi emendamenti al decreto mille-proroghe. Quest'ultima si rivela una soluzione obbligata visto che al Senato il Governo ha blindato il d.l. anti-crisi per la ristrettezza dei tempi a disposizione per la sua conversione in legge. Sul punto non sono mancate le critiche dell'opposizione alla metodologia adottata dal Governo ed ai contenuti del provvedimento. Rispetto a questi ultimi va precisato che uno dei pilastri del piano è rappresentato dagli interventi per le famiglie a basso reddito con il bonus oscillante tra 200 e mille euro (modulato anche in relazione al numero dei componenti) e la destinazione di 35 milioni per l'irrobustimento degli assegni

familiari da estendere anche ai lavoratori autonomi in regola con gli studi di settore.

Sono poi previsti il tetto di “salvaguardia” del 4% sui mutui a tasso variabile con accollo dell’eccedenza da parte dello Stato (sono stanziati 350 milioni), nonché l’abolizione della commissione di massimo scoperto sui conti correnti bancari, purchè il “rosso” non superi i trenta giorni, un mini-fondo di 20 milioni per le famiglie meno abbienti in affitto. Il testo dà il via anche a un fondo-credito per i nuovi nati con aiuti ad hoc per i casi di gravi malattie, nonché ad importanti interventi fiscali, al decollo dei “Tremonti *bond*” e a modifiche concernenti la disciplina dell’Opa con l’allentamento delle regole sulla “*passivity rule*”.

Esaminiamo in particolare le disposizioni funzionali alla nostra indagine. Precisamente l’art. 2 del dl 185/08 convertito dalla l.2/09 concernente i mutui prima casa, pone un tetto massimo alla rata, stabilendo che l’importo dalle rate 2009 dei mutui a tasso variabile o misto venga calcolato in base ad un tasso del 4% o in base al tasso applicato alla sottoscrizione del mutuo se più alto del 4% (in seguito l’accordo Governo-banche per la sospensione di un anno del pagamento dei ratei dei mutui).

Il limite stabilito (compreso *spread*) dunque non vale per tutti i mutui; per gli altri il tetto sarà rappresentato dal tasso di interesse complessivo versato in corrispondenza della prima rata. L’ambito applicativo della disciplina concerne anche i mutui oggetto di operazioni di cartolarizzazione e quelli rinegoziati in base all’accordo Abi-Governo della scorsa estate. Per questi ultimi gli effetti si produrranno prima sul conto di finanziamento accessorio e successivamente, soltanto quando questo si sarà azzerato, sulle stesse rate da versare. Optando per una formula poco chiara (“tasso non fisso”) la norma lascia dubbi in ordine alla possibile inclusione dei mutui a forma “ibrida” (con opzione, a rata costante o con preammortamento).

Il comma 1bis prevede l’inapplicabilità degli onorari notarili agli atti di consenso alle surrogazioni relative a determinate tipologie di



mutui (per acquisto, ristrutturazione e costruzione dell'abitazione principale) contratti dai soggetti per cui è prevista la rinegoziazione obbligatoria. Per le operazioni di portabilità non vengono applicati costi.

La norma al comma 2 precisa che l'agevolazione vale per i mutui garantiti da ipoteca per la prima casa (escluse case signorili, ville e castelli) sottoscritti o accollati anche a seguito di frazionamento fino al 31 ottobre 2008 o rinegoziati. Inoltre lo sconto sulla rata è coperto dallo Stato. Alle banche spetterà un credito d'imposta utilizzabile in compensazione (comma 3).

È opportuno precisare che la sensibile riduzione dei tassi *Euribor* (quello a un mese è sceso all'1,75%, quello a tre mesi al 2,08%) potrebbe vanificare l'impatto della disciplina descritta su alcuni finanziamenti.

Si riporta di seguito il testo dell'art.2 così come modificato in sede di conversione in legge (le parti racchiuse in parentesi riguardano le ultime modifiche al dl in sede di conversione):

#### Articolo 2<sup>90</sup>

Mutui prima casa: per i mutui in corso le rate variabili 2009 non possono superare il 4 per cento grazie all'accollo da parte dello Stato dell'eventuale eccedenza; per i nuovi mutui, il saggio di base su cui si calcolano gli spread e' costituito dal saggio BCE.

1. L'importo delle rate, a carico del mutuatario, dei mutui a tasso non fisso da corrispondere nel corso del 2009 e' calcolato (( applicando il tasso )) maggiore tra il 4 per cento senza spread, spese varie o altro tipo di maggiorazione e il tasso contrattuale alla data di sottoscrizione del contratto. Tale criterio di calcolo non si

---

<sup>90</sup> Testo del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185 (in Gazzetta Ufficiale - n. 280 del 29 novembre 2008, S.O. n. 263/L), coordinato con la legge di conversione 28 gennaio 2009, n. 2 (nello stesso supplemento ordinario alla pag.1), recante: «Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale». (GU n. 22 del 28-1-2009 - Suppl. Ordinario n. 14).

applica nel caso in cui le condizioni contrattuali determinano una rata di importo inferiore.

(( 1-bis. Anche al fine di escludere a carico del mutuatario qualunque costo relativo alla surrogazione, gli atti di consenso alla surrogazione, ai sensi dell'articolo 1202 del codice civile, relativi a mutui accesi per l'acquisto, la ristrutturazione o la costruzione dell'abitazione principale, contratti entro la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto da soggetti in favore dei quali e' prevista la rinegoziazione obbligatoria, sono autenticati dal notaio senza applicazione di alcun onorario e con il solo rimborso delle spese. A tal fine, la quietanza rilasciata dalla prima banca e il contratto di mutuo stipulato dalla seconda banca devono essere forniti al notaio per essere prodotti unitamente all'atto di surrogazione. Per eventuali attivita' aggiuntive non necessarie all'operazione, espressamente richieste dalle parti, gli onorari di legge restano a carico della parte richiedente. In ogni caso, le banche e gli intermediari finanziari, per l'esecuzione delle formalita' connesse alle operazioni di cui all'articolo 8 del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 aprile 2007, n. 40, e successive modificazioni, non applicano costi di alcun genere, anche in forma indiretta, nei riguardi dei clienti. ))

2. Il comma 1 si applica esclusivamente ai mutui (( garantiti da ipoteca )) per l'acquisto la costruzione e la ristrutturazione dell'abitazione principale, ad eccezione di quelle di categoria A1, A8 e A9, sottoscritti (( o accollati anche a seguito di frazionamento )) da persone fisiche fino al 31 ottobre 2008. Il comma 1 si applica anche ai mutui rinegoziati in applicazione dell'articolo 3 del decreto-legge 27 maggio 2008, n. 93, convertito, (( con modificazioni, )) dalla legge 24 luglio 2008, n. 126, con effetto sul conto di finanziamento accessorio, ovvero, a partire dal momento in cui il conto di finanziamento accessorio ha un saldo pari a zero, sulle rate da corrispondere nel corso del 2009.

(( 3. La differenza tra gli importi, a carico del mutuatario, delle rate determinati secondo il comma 1 e quelli derivanti dall'applicazione

delle condizioni contrattuali dei mutui e' assunta a carico dello Stato. Con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate sono stabilite le modalita' per la comunicazione alle banche e agli intermediari finanziari dei contribuenti per i quali, sulla base delle informazioni disponibili presso l'Anagrafe tributaria, possono ricorrere le condizioni per l'applicabilita' delle disposizioni di cui al presente comma e le modalita' tecniche per garantire ai medesimi operatori l'attribuzione di un credito d'imposta, utilizzabile esclusivamente in compensazione ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, e successive modificazioni, pari alla parte di rata a carico dello Stato ai sensi del comma 2 e per il monitoraggio dei relativi flussi finanziari, anche ai fini dell'eventuale adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 12, comma 9, del presente decreto. ))

4. Gli oneri derivanti dal comma 3, (( pari a 350 milioni di euro per l'anno 2009, )) sono coperti con le maggiori entrate derivanti dal presente decreto.

5. A partire dal 1 gennaio 2009, (( le banche e gli intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, )) che offrono alla clientela mutui garantiti da ipoteca per l'acquisto dell'abitazione principale devono assicurare ai medesimi clienti la possibilita' di stipulare tali contratti a tasso variabile indicizzato al tasso sulle operazioni di rifinanziamento principale della Banca centrale europea. Il tasso complessivo applicato in tali contratti e' in linea con quello praticato per le altre forme di indicizzazione offerte. (( Le banche e gli intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui ai citati articoli 106 e 107 del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993, e successive modificazioni, )) sono (( tenuti )) a osservare le disposizioni emanate dalla Banca d'Italia per assicurare adeguata pubblicita' e trasparenza all'offerta di tali contratti e alle relative condizioni. (( Le banche e gli intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui ai citati articoli 106 e 107 del

testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993, e successive modificazioni, )) trasmettono alla Banca d'Italia, con le modalita' e nei termini da questa indicate, segnalazioni statistiche periodiche sulle condizioni offerte e su numero e ammontare dei mutui stipulati.

Per l'inosservanza delle disposizioni di cui al presente comma e delle relative istruzioni applicative emanate dalla Banca d'Italia, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria prevista all'articolo 144, comma 3, (( del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993. )) Si applicano altresì le disposizioni di cui all'articolo 145 (( del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993. ))

(( 5-*bis*. Le eventuali minori spese a carico dello Stato per l'anno 2009, rispetto all'importo di 350 milioni di euro di cui al comma 4, registrate all'esito del monitoraggio di cui al comma 3, sono destinate, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, all'ulteriore finanziamento degli assegni familiari. Con lo stesso decreto sono ridefiniti i livelli di reddito e gli importi degli assegni per i nuclei familiari in maniera da valorizzare le esigenze delle famiglie più numerose o con componenti portatori di handicap, nonché al fine di una tendenziale assimilazione tra le posizioni dei titolari di reddito di lavoro dipendente o assimilati e i titolari di reddito di lavoro autonomo che si siano adeguati agli studi di settore.

5-*ter*. Al fine di incrementare la dotazione del Fondo nazionale per il sostegno all'accesso alle abitazioni in locazione, di cui all'articolo 11, comma 1, della legge 9 dicembre 1998, n. 431, e' autorizzata per l'anno 2009 la spesa di 20 milioni di euro.

5-*quater*. A decorrere dal 1° gennaio 2009, per l'inosservanza delle disposizioni di cui all'articolo 8 del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 aprile 2007, n. 40, come modificato dal comma 450 dell'articolo 2 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, si applicano le sanzioni pecuniarie di cui

all'articolo 144, comma 4, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1o settembre 1993, n. 385.

*5-quinquies*. Le sanzioni irrogate ai sensi del comma 5-quater sono destinate ad incrementare il Fondo di solidarieta' per i mutui per l'acquisto della prima casa, di cui all'articolo 2, comma 475, della legge 24 dicembre 2007, n. 244.

*5-sexies*. Entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, il Ministro dell'economia e delle finanze, con proprio decreto, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, emana il regolamento attuativo del Fondo di solidarieta' per i mutui per l'acquisto della prima casa, di cui all'articolo 2, comma 475, della legge 24 dicembre 2007, n. 244. ))

L'altra disposizione di particolare interesse per il nostro studio è l'art. 18 comma 4*bis* (aggiunto in sede di conversione in legge) concernente gli aspetti finanziari per la realizzazione del Piano Casa (su cui *infra*).

La norma infatti prevede il potenziamento dei fondi per il piano casa, cui vanno la quota del Fas destinata al finanziamento del Fondo infrastrutture e le risorse stanziare dalle Regioni. Inoltre vengono introdotte modifiche anche al decreto legge 112/08, stabilendo che basterà il parere della Conferenza unificata per approvare il piano casa, oltre allo stanziamento di 100 milioni da dividere tra le Regioni per interventi subito attuabili di edilizia residenziale pubblica sovvenzionata.

Si rende fin da ora opportuno (ma si ritornerà sul punto) segnalare l'atteggiamento ondivago assunto dal Governo sugli aspetti evidenziati confermato dalla recente decisione della destinazione di una quota significativa (500 milioni) dei fondi per il "Piano casa" alla cassa integrazione.

Si riporta di seguito il testo del comma 4~~bis~~ dell'art. 18:

Art. 18<sup>91</sup> comma 4~~bis~~

Piano casa:

((4-~~bis~~. Al fine della sollecita attuazione del piano nazionale di realizzazione delle infrastrutture occorrenti al superamento del disagio abitativo, con corrispondente attivazione delle forme di partecipazione finanziaria di capitali pubblici e privati, le misure previste ai sensi dell'articolo 11 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, come modificato da ultimo dal presente comma, possono essere realizzate anche utilizzando, in aggiunta a quelle ivi stanziato, le risorse finanziarie rese disponibili ai sensi del comma 1, lettera b), del presente articolo, nonché quelle autonomamente messe a disposizione dalle regioni a valere sulla quota del Fondo per le aree sottoutilizzate di pertinenza di ciascuna regione. Per le medesime finalità, all'articolo 11 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 1, le parole: «d'intesa con» sono sostituite dalla seguente: «sentita»;

b) al comma 12 sono premesse le seguenti parole: «Fermo quanto previsto dal comma 12-bis»;

c) dopo il comma 12 è inserito il seguente:

«12-bis. Per il tempestivo avvio di interventi prioritari e immediatamente realizzabili di edilizia residenziale pubblica sovvenzionata di competenza regionale, diretti alla risoluzione delle più pressanti esigenze abitative, è destinato l'importo di 100 milioni di euro a valere sulle risorse di cui all'articolo 21 del decreto-legge 1 ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni,

---

<sup>91</sup> Testo del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185 (in Gazzetta Ufficiale - n. 280 del 29 novembre 2008, S.O. n. 263/L), coordinato con la legge di conversione 28 gennaio 2009, n. 2 (nello stesso supplemento ordinario alla pag.1), recante: «Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale». (GU n. 22 del 28-1-2009 - Suppl. Ordinario n. 14).

dalla legge 29 novembre 2007, n. 222. Alla ripartizione tra le regioni interessate si provvede con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti previo accordo intervenuto in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano»)).

9. L'attuale governo di centro-destra, innovando profondamente il decreto varato nell'anno precedente dal ministro delle infrastrutture Di Pietro vara un apposito Piano Casa inserito nell'art. 11<sup>92</sup> del d.l. 25 giugno 2008 n. 112, facente parte del pacchetto "Manovra

---

<sup>92</sup> Art. 11. d.l. 112/2008

#### Piano Casa

1. Al fine di superare in maniera organica e strutturale il disagio sociale e il degrado urbano derivante dai fenomeni di alta tensione abitativa, il CIPE approva un piano nazionale di edilizia abitativa, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro per le politiche giovanili, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. Il Ministero trasmette la proposta di piano alla Conferenza unificata entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto.

2. Il piano e' rivolto all'incremento del patrimonio immobiliare ad uso abitativo attraverso l'offerta di alloggi di edilizia

residenziale, da realizzare nel rispetto dei criteri di efficienza energetica e di riduzione delle emissioni inquinanti, con il

coinvolgimento di capitali pubblici e privati, destinati prioritariamente a prima casa per le seguenti categorie sociali

svantaggiate nell'accesso al libero mercato degli alloggi in locazione:

a) nuclei familiari a basso reddito, anche monoparentali o

monoreddito;

b) giovani coppie a basso reddito;

c) anziani in condizioni sociali o economiche svantaggiate;

d) studenti fuori sede;

e) soggetti sottoposti a procedure esecutive di rilascio;

f) altri soggetti in possesso dei requisiti di cui all'articolo 1 della legge n. 9 del 2007;

g) immigrati regolari.

finanziaria 2009”): 20.000 alloggi entro due anni ed una previsione di 100.000 alloggi tra il 2012 ed il 2013. Non si tratta di un piano di edilizia pubblica ma di un progetto di *housing* sociale cui contribuiranno per la prima volta i privati (Ance), le Coop e le Fondazioni bancarie. Si prevede che il 60% del costruito dovrà essere dato in locazione a canoni predeterminati, più elevati dei canoni sociali<sup>93</sup>. Destinatari degli alloggi saranno le seguenti categorie sociali:

---

3. Il Piano nazionale ha ad oggetto la realizzazione di misure di recupero del patrimonio abitativo esistente o di costruzione di nuovi alloggi ed e' articolato, sulla base di criteri oggettivi che tengano conto dell'effettivo disagio abitativo presente nelle diverse realta' territoriali, attraverso i seguenti interventi:

a) costituzione di fondi immobiliari destinati alla valorizzazione e all'incremento dell'offerta abitativa, ovvero alla

promozione di strumenti finanziari immobiliari innovativi e con la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati, articolati anche in un sistema integrato nazionale e locale, per l'acquisizione e la realizzazione di immobili per l'edilizia residenziale;

b) incremento del patrimonio abitativo di edilizia sociale con le risorse derivanti dalla alienazione di alloggi di edilizia pubblica in favore degli occupanti muniti di titolo legittimo;

c) promozione da parte di privati di interventi ai sensi della parte II, titolo III, del Capo III del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

d) agevolazioni, anche amministrative, in favore di cooperative edilizie costituite tra i soggetti destinatari degli interventi in esame, potendosi anche prevedere termini di durata predeterminati per la partecipazione di ciascun socio, in considerazione del carattere solo transitorio dell'esigenza abitativa;

e) realizzazione di programmi integrati di promozione di edilizia sociale e nei sistemi metropolitani ai sensi del comma 5.

4. L'attuazione del Piano nazionale e' realizzata con le modalita' di cui alla parte II, titolo III, del Capo IV del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ovvero, per gli interventi integrati di

valorizzazione del contesto urbano e dei servizi metropolitani, ai sensi dei commi da 5 a 8.

5. Al fine di superare i fenomeni di disagio abitativo e di degrado urbano, concentrando gli interventi sulla effettiva consistenza dei fenomeni di disagio e di degrado nei singoli contesti, rapportati alla dimensione fisica e demografica del territorio di riferimento, attraverso la realizzazione di programmi integrati di promozione di edilizia sociale e nei sistemi metropolitani e di riqualificazione



nuclei familiari a basso reddito, anche monoparentali o monoreddito;  
giovani coppie a basso reddito;  
anziani in condizioni sociali o economiche svantaggiate;  
studenti fuori sede;  
soggetti sottoposti a procedure esecutive di rilascio;  
altri soggetti in possesso dei requisiti di cui all'articolo 1 della legge n.9 del 2007;  
immigrati regolari.

---

urbana, anche attraverso la risoluzione dei problemi di mobilità, promuovendo e valorizzando la partecipazione di soggetti pubblici e privati, con principale intervento finanziario privato, possono essere stipulati appositi accordi di programma, promossi dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, per l'attuazione di interventi destinati a garantire la messa a disposizione di una quota di alloggi, da destinare alla locazione a canone convenzionato, stabilito secondo criteri di sostenibilit  economica, e all'edilizia sovvenzionata, complessivamente non inferiore al 60% degli alloggi previsti da ciascun programma, congiuntamente alla realizzazione di interventi di rinnovo e rigenerazione urbana, caratterizzati da elevati livelli di qualit  in termini di vivibilit , salubrit , sicurezza e sostenibilit  ambientale ed energetica. Gli interventi sono attuati, attraverso interventi di cui alla parte II, titolo III, Capo III del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, mediante le seguenti modalit :

- a) trasferimento di diritti edificatori in favore dei promotori degli interventi di incremento del patrimonio abitativo destinato alla locazione a canone agevolato, con la possibilit  di prevedere come corrispettivo della cessione dei diritti edificatori in tutto o in parte la realizzazione di unit  abitative di propriet  pubblica da destinare alla locazione a canone agevolato, ovvero da destinare alla alienazione in favore di categorie sociali svantaggiate, di cui al comma 2;
- b) incrementi premiali di diritti edificatori finalizzati alla dotazione di servizi, spazi pubblici e di miglioramento della qualit  urbana;
- c) provvedimenti mirati alla riduzione del prelievo fiscale di pertinenza comunale o degli oneri di costruzione e strumenti di incentivazione del mercato della locazione;
- d) costituzione di fondi immobiliari di cui al comma 3, lettera a), con la possibilit  di prevedere altres  il conferimento al fondo dei canoni di locazione, al netto delle spese di gestione degli immobili.

L'interesse dei privati a costruire per poi affittare a prezzi comunque agevolati va individuato nello stravolgimento urbanistico di poter utilizzare terreni non edificabili o zone del demanio che rispondano a criteri fissati dalle linee guida. Chi dispone di un terreno non edificabile potrà attraverso un accordo di programma con i Comuni, renderlo edificabile destinando al *social housing* soltanto una parte degli alloggi costruiti per vendere o affittare le case restanti a prezzi di mercato.

---

6. Ai fini della realizzazione degli interventi di cui al presente articolo l'alloggio sociale, in quanto servizio economico generale, e' identificato, ai fini dell'esenzione dell'obbligo della notifica degli aiuti di Stato, di cui agli articoli 87 e 88 del Trattato istitutivo della Comunita' Europea, come parte essenziale e integrante della piu' complessiva offerta di edilizia residenziale sociale, che costituisce nel suo insieme servizio abitativo finalizzato al soddisfacimento di esigenze primarie.

7. In sede di attuazione dei programmi di cui al comma 5, sono appositamente disciplinate le modalita' e i termini per la verifica periodica e ricorrente delle fasi di realizzazione del piano, in base al cronoprogramma approvato e alle esigenze finanziarie, potendosi conseguentemente disporre, in caso di scostamenti, la diversa allocazione delle risorse finanziarie pubbliche verso modalita' di attuazione piu' efficienti. Gli alloggi realizzati o alienati nell'ambito delle procedure di cui al presente articolo non possono essere oggetto di successiva alienazione prima di dieci anni dall'acquisto originario.

8. Per la migliore realizzazione dei programmi, i comuni e le province possono associarsi ai sensi di quanto previsto dal testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. I programmi integrati di cui al comma 5 sono dichiarati di interesse strategico nazionale al momento della sottoscrizione dell'accordo di cui all'accordo di cui al comma 5. Alla loro attuazione si provvede con l'applicazione dell'articolo 81 del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616 e successive modificazioni ed integrazioni.

9. Per l'attuazione degli interventi previsti dal presente articolo e' istituito un Fondo nello stato di previsione del

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, nel quale confluiscono le risorse finanziarie di cui all'articolo 1 comma 1154 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 nonche' di cui agli articoli 21, 21-bis e 41 del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito con modificazioni dalla legge 29 novembre 2007, n. 222. Gli eventuali provvedimenti adottati in attuazione delle disposizioni legislative citate al primo periodo del presente comma, incompatibili con il

È da segnalare che rispetto a questi interventi il Governo manifesta un atteggiamento ondivago che ha trovato recentemente conferma nella destinazione di una quota dei fondi stanziati per il Piano casa alla Cassa integrazione. L'esecutivo, infatti, ha sottratto una quota significativa (500 milioni) per la concreta realizzazione della normativa sul Piano Casa per trasferirla alla copertura finanziaria della Cassa integrazione. In considerazione della somma originariamente destinata al progettato *housing* sociale (600/700 milioni), ne risulta facilmente intuibile la vanificazione a seguito della manovra governativa.

10. Negli ultimi anni un accesso effettivamente privilegiato dei “poveri” agli alloggi è stato portato avanti dalle iniziative del *Legal Empowerment of the Poor* (iniziativa del premio Nobel Janus ed accolta principalmente dai governi del Brasile, del Perù e dell'India). È che qui la sostenibilità economica del sacrificio, di cui sopra, diventa nulla raggiungendo il livello massimo di compatibilità giuridica. Difatti, lo strumento prioritario per la titolarizzazione della proprietà diventa il possesso senza titolo, anche in vista di una usucapione successiva:

“*Pessoas invisíveis*, le persone invisibili, sono gli emarginati, coloro che non hanno trovato accesso nella società, gli esclusi, gli informali; coloro i quali non esistono per lo Stato e che debbono provvedere a se stessi, alla propria famiglia, al di fuori del mondo formale. Devono ricercare un luogo in cui vivere ed abitare, sovente crearlo ex novo (*vila aparecida* è la fantasiosa definizione che

---

presente articolo, restano privi di effetti. A tale scopo le risorse di cui agli articoli 21, 21-bis e 41 del citato decreto-legge n. 159 del 2007, ivi comprese quelle già trasferite alla Cassa depositi e prestiti, sono versate all'entrata del bilancio dello Stato per essere iscritte sul Fondo di cui al presente comma, negli importi corrispondenti agli effetti in termini di indebitamento netto previsti per ciascun anno in sede di iscrizione in bilancio delle risorse finanziarie di cui alle indicate autorizzazioni di spesa.

<sup>93</sup> Cfr. M. CIOCIA, op. cit.

i peruviani danno alle lottizzazioni abusive) senza farsi notare (*invisivies*), al di fuori delle regole che l'uomo formale ha costruito, preoccupandosi dell'invisibilità, desiderosi solo di creare stati di fatto che gli consentano di sopravvivere nel cuore pulsante della società (*Faraway, so close*: così vicino, così lontano). Inventarsi un lavoro precario (ambulantato, etc.) o che, comunque, non si conformi alle regole del mondo civile (definito perciò lavoro nero, non visibile).

Gli invisivies sono rimasti tali, crescendo via via di numero fino a divenire una quota imponente della popolazione mondiale. Essi sono andati progressivamente a bilanciare le esigenze che il formalismo della società borghese (e successivamente quella capitalistica e neocapitalistica) gli consente di soddisfare, offrendo con il loro esserci/non esserci risorse e riserve di energia, fino al momento in cui la globalizzazione ne ha recepito il rischio cancerogeno, la presenza sempre più incombente fin dentro il ventre della città e gli effetti destabilizzanti come mondo parallelo, a causa della rilevanza economica crescente delle loro attività, tanto da costituire quota rilevante del PIL.

La società, quindi, paventa nell'informalità i pericoli di implosione delle sue regole e la necessità di reintegrarli nel sistema amministrativo e fiscale per attutire i disequilibri dei bilanci statali (assistenza, istruzione fiscalità), nel rispetto delle regole ineludibili della società civile.

Si aggiunge il timore (corredato da vicende concrete: dalle *banlieus* alle periferie del mondo) della rivolta dei "diversi", che travolge i fragili confini del consenso sociale, ribellandosi e creando nuovi codici di comportamento paralleli, alternativi allo Stato, gestiti dalla malavita organizzata, che trova nell'informalità terreno fertile per la diffusione dell'anti-Stato.

Di qui, anzitutto, l'offerta dell'accesso degli emarginati al mondo del diritto, il *Legal Empowerment of the Poor*, al fine di offrire all'escluso, all'invisibile, la possibilità di conformarsi alle regole, individuando una via pur provvisoria da cui partire: è la sua

dimensione legata agli stati di fatto che lo rendono uomo ad una dimensione (la sua sola fisicità, il suo solo possedere alcunché), cui si offre una compiuta dimensione giuridica ed economica che lo renda, a tutti gli effetti cittadino”.

La Commissione per il *Legal Empowerment of the Poor*, è la prima organizzazione mondiale che focalizza specificamente il legame intercorrente tra l'esclusione, la povertà e la legge. Il *Legal Empowerment of the Poor* è indipendente dall'influenza governativa e fa parte del *Programma delle Nazioni Unite per lo Sviluppo* (UNDP).

È un approccio globale alla povertà da una prospettiva unica: il legame intercorrente tra la povertà e l'incapacità dei poveri ad accedere alle strutture legali ed alle attività di sostegno economico, e con l'obiettivo non di finanziare lo sviluppo dei paesi, ma aiutare i governi e le organizzazioni in ognuno di essi a creare un ambiente in cui i poveri siano messi in grado di superare la loro condizione.

Il *Legal Empowerment of the Poor*, copresieduto dal precedente segretario di Stato americano Madaleine Albright e da Hernando de Soto, economista peruviano e fondatore dell'istituto per la Libertà e la Democrazia (ILD), è stato varato nel 2005 da un gruppo di paesi industrializzati, inclusi Canada, Egitto, Finlandia, Guatemala, Islanda, India, Norvegia, Svezia, Sudafrica, Tanzania, Gran Bretagna ed ha ricevuto mandato a concludere il lavoro entro il 2008<sup>94</sup>.

N. B. I dubbi da noi sollevati sulla concreta e rapida attuazione di tutti i meccanismi di facilitazione previsti per attenuare l'effetto di default dei mutui subprime (e non solo di quelli), trovano un primo riscontro nella sentenza del TAR Lazio, Sez. I, resa nota, in ordine al solo dispositivo, il 4 febbraio 2008..

L'indagine era stata avviata dall'*Antitrust* dopo una segnalazione di Altroconsumo e dopo le denunce pervenute al call center del

---

<sup>94</sup> F. LUCARELLI, *La titolarizzazione della proprietà immobiliare urbana: un progetto per il futuro ed un impegno per il notariato*, in *Notariato. Rass. Sistem. di dir. e tecniche contr.*, Milano, n.1/2008.

Garante, secondo cui le banche avrebbero indirizzato i clienti a sostituire anziché surrogare i mutui, facendogli scegliere l'opzione più costosa e avrebbero addebitato loro oneri non dovuti - quali ad esempio le spese notarili - e fornito informazioni incomplete e inesatte. L'Antitrust, al termine di un'istruttoria partita tra aprile e maggio scorsi con cui ha accertato violazioni alle norme che prevedono la portabilità gratuita, aveva sanzionato le banche per circa 10 milioni di euro. La decisione dei giudici amministrativi, annulla quindi le multe inflitte a Credito Artigiano (250mila euro), Banca Carige (420mila), Bnl (450mila), Banca Nuova (440mila), Antonveneta (460mila), Banca Popolare di Vicenza (440mila), Deutsche Bank (500mila), Bpm (420mila), Banca Popolare di Sondrio (410mila), Banca Sella (300mila), Unicredit Banca (500mila), Unicredit Banca di Roma (500mila), Banco di Sicilia (450mila), Bipop Carire (420mila), Montepaschi (350mila), Intesa San Paolo (480mila), Banca Popolare di Bergamo (450mila), Credito Emiliano (420mila), Bpl (350mila) e Banca Popolare Verona (320mila).

In verità le Banche lamentavano non immotivatamente l'assenza al momento della erogazione delle multe delle disposizioni di attuazione del decreto 185/08 convertito in legge 2/2009.

Oggi probabilmente le banche non potranno più ricorrere ad artifici e ritardi a danno dei mutuatari e suggeriremmo al garante della concorrenza di non ricorrere al Consiglio di Stato contro la decisione assunta dal TAR, ma, permanendo le situazioni denunciate, di promuovere ex novo una erogazione delle multe ai sensi di tutte le disposizioni di legge oggi vigenti.

11. Anche Barak Obama, la *new entry* politica americana non sembra sottrarsi alla ferrea logica del capitalismo (sebbene in versione socio-democratica) secondo cui nel caso di crisi economica vanno tutelati anzitutto i soggetti socialmente più forti e poi, se del caso, i

meno deboli, le classi intermedie, lasciando le fasce deboli meno protette alla turbolenza della tempesta (in questo caso) perfetta.

In larga misura gli interventi annunciati (787 miliardi di dollari) vanno infatti a sostegno del sistema finanziario, delle Banche e della “grande madre” del capitalismo americano, l’industria automobilistica; per estendersi, da ultimo, al mercato immobiliare con il c.d. *Piano Casa*.

Tale progetto destina anzitutto 200 miliardi di dollari alla *bad company* di Fannie Mae e Freddie Mac, già fondi di garanzia, per sottrarre al mercato titoli tossici. La residua somma di 243 miliardi di dollari nelle dichiarazioni che accompagnano il piano, destinati a risolvere parzialmente il collasso dei *mutui subprime*, non si sottrae ad un non velato cinismo, in quanto l’intervento intende tutelare circa un terzo, (tre milioni) di proprietari coinvolti nel turbine della crisi: in sostanza offre alternative alla *middle class*, in quanto tale in grado di produrre risparmio ed ottenere ulteriore credito, dilazioni, etc.

Sono soggetti posti in condizione (attraverso incentivi bilaterali) di rinegoziare i mutui, rendendo disponibile fino al 30% del loro reddito, per ridivenire “buoni debitori”, definiti da Obama “responsabili”.

L’altro 60%, circa sei milioni di proprietari pignorati, sono coloro che hanno perso il lavoro a causa della crisi, i precari, le minoranze etniche, gli emarginati abitanti dei ghetti, i *poor* senza casa, gli invisibili, sollecitati ad emergere, a credere nell’apostolo Janus nel *Legal Empowerment of the Poor*; sono loro, provocati dal credito facile nell’accesso al mondo del diritto, a rischiare in prima linea di perdere con l’abitazione ogni residua speranza di uscire dall’informalità, riguadagnando dignità e diritto di cittadinanza. Definiti “inaffidabili e irresponsabili”, per loro non sono previsti interventi sussidiari di edilizia sociale, pubblica e agevolata, che tradizionalmente collidono con le regole di mercato e del profitto che governano il mercato immobiliare.

Le dichiarazioni di Obama non lasciano dubbi:

«Vogliamo aiutare le famiglie responsabili a restare nella propria abitazione. Nessun aiuto – ha sottolineato il presidente – verrà dato agli speculatori che si sono assunti rischi eccessivi scommettendo sul rialzo del mercato, a chi si è comportato in modo irresponsabile e a chi fin dall’inizio sapeva che non sarebbe mai stato capace di onorare le rate. Non salveremo queste persone buttando i soldi dei cittadini che pagano le tasse».

Anche il sistema costituzionale italiano – lo abbiamo verificato nella reinterpretazione dell’art. 47 Cost. – esprime un tendenziale *favor* nell’accesso alla proprietà per le classi medie; ma ciò viene bilanciato per gli esclusi nell’equo temperamento dei rapporti e negli interventi di solidarietà e sussidiarietà con specifiche politiche perequative di situazioni di alto impatto sociale: per l’abitazione, l’edilizia popolare e quella agevolata (il sussidio canone per gli affitti).

Attualmente il legislatore italiano sui mutui è apparso più incisivo di quello americano, indicizzando gli interessi al parametro del 4% (compensando l’eventuale differenziale agli istituti di credito); disponendo la rinegoziazione dei mutui; il rinvio di un anno del pagamento dei ratei, prevedendo la ripatrimonializzazione pubblica delle banche (i Tremonti – *bond*).

Ma il problema resta globale, riguarda la fiducia dei risparmiatori, il mercato USA. Scrive Francesco Giavazzi <sup>95</sup> “Per far uscire i mercati dal vortice della sfiducia il governo americano dovrebbe garantire tutte le attività finanziarie collegate al mercato immobiliare, ossia impegnarsi ad acquistarle ad un prezzo prefissato superiore a quello di mercato”.

Se non si sterilizzassero i *toxic assets* potrebbe non essere sufficiente neanche la parziale nazionalizzazione delle banche (dichiarazione di Obama del 24 febbraio 2009); è il caso della *Citigroup* attraverso la conversione delle azioni privilegiate (partecipazione dello Stato dal 25 al 40%) in azioni ordinarie.

---

<sup>95</sup> Cfr. Corriere della sera, Milano, 22 febbraio 2009.



## INSERIRE SCHEMA OBAMA

13. Per i *Tremonti-bond* anzitutto il piano di salvataggio di *Itealase*, da parte di Banco Popolare

Nel dettaglio, l'istituto punta a conferire gli *assets* tossici in un veicolo, la “*bad bank*”, dove verranno confluiti 5 miliardi di crediti inesigibili più 1,3 miliardi degli incagli di fine 2008 (qui interverrebbero per 4 miliardi i *Tremonti bond*).

A cascata hanno seguito l'esempio sia Intesa San Paolo, che si accinge a chiedere 4 milioni di *bond* convertibili, sia Unicredit per la stessa somma. Anche il Monte dei Paschi di Siena per 1,5 milioni. Queste somme di *bond* unite al Banco Popolare già superano il *plafond* previsto da Tremonti di 10 milioni. Su un altro fronte nella nuova “strategia statalista” del Governo è il prospettato intervento dei c.d. Prefetti scriffi che dovrebbero controllare caso per caso le risposte delle banche alla richiesta di mutui e chiederne giustificazione del diniego, cui si è opposto fermamente il Governatore della Banca d'Italia Draghi richiamando i compiti di vigilanza del suo istituto sul controllo interbancario.

L'attenuarsi degli effetti della crisi ha riguardato soprattutto il sistema bancario, mentre gli effetti si prolungheranno per il mercato del lavoro (la disoccupazione per il 2010 si prevede al 10%); non a caso i più grossi istituti bancari (è il caso di Banca Intesa che avevano fatto per primi ricorso all'utilizzo del credito statale se ne stanno svincolando per riacquistare piena autonomia).

Dall'altra parte dell'Atlantico Obama vara un regalo (gradito a Wall Street). Il piano crea una capacità finanziaria da 500 mld a 1000 mld di dollari a garanzia di un fondo di obbligazioni pubblico-private. Si comincia attingendo 700 mld dal Tarp (*Trouble asset relief program*).

Il meccanismo previsto definito *Public-private investment program* intende favorire la formazione di *partnership* tra Stato e capitale privato per l'acquisto di *toxic assets* in cui la *Federal reserve* concede

crediti per l'86%, il Tesoro fornisce il 50% del capitale azionario. In questo modo in realtà lo Stato americano si è accollato in forma cartolarizzata tutta la tossicità del mercato bancario evitando formalmente una *bad bank*.

Due erano le strade che si prospettavano al governo Obama nell'obiettivo assoluto di eliminare la tossicità del mercato finanziario e la sua ricaduta delle Banche sui colossali istituti di assicurazione: la prima quella di ufficializzare formalmente l'accollo allo Stato della massa (sconosciuta) dei titoli tossici attraverso la creazione di una *bad bank* a copertura totale dello Stato; l'altra di mascherare l'accollo pubblico che permaneva attraverso un meccanismo di partecipazione pubblico-privato che invogliasse i privati all'acquisto di azioni, obbligazioni, garantite dallo Stato; in questo caso l'obiettivo era quello di "sguinzagliare l'appetito dei privati" nel recupero forzoso e nella persecuzione degli inadempienti con metodi che il pubblico non avrebbe potuto esercitare. È questa la strada prescelta da Obama che vedrà sempre più le classi dei cattivi debitori, dapprima provocate, poi perseguitate con tecniche e forme raffinate di recupero del credito: in ogni caso lo Stato sarà garante dell'operazione fino al 93% della copertura.

14. «Quello del Tesoro Usa è un intervento-chiave perché quei titoli tossici, emessi negli anni dei mutui subprime e degli eccessi di Wall Street, non hanno più mercato e sono una pietra al collo delle banche che non riescono a venderli né a stabilirne il valore...

*omissis*

Il piano Geither si basa su un ruolo attivo di gruppi privati (soprattutto fondi pensione e investitori di lungo termine) i quali, attratti dai potenziali profitti, dalla garanzia dello Stato e dai finanziamenti a bassi tassi di interesse delle agenzie federali, parteciperanno ad aste per titoli tossici, per i quali verrà così

ricreato un mercato e ne sarà stabilito un prezzo reale, sicuramente inferiore a quello nominale.

L'obiettivo è di arrivare in una prima fase a rilevare 500 mld di dollari di "titoli ereditati" (questa la definizione ufficiale, più diplomatica di quella di "titoli tossici"). L'esposizione complessiva dello Stato sarà per circa il 93% della manovra: con immensi rischi in caso di insuccesso, ma anche di potenziali profitti a vantaggio dei contribuenti.

Il premio Nobel ed economista liberal *Paul Krugman* ha criticato il piano prevedendone – "con toni disperati" – il completo fallimento.

Il piano di bonifica dei cosiddetti "asset tossici", i crediti morti o moribondi che avvelenano le banche, è sembrato finalmente la soluzione giusta, dopo la prima parte vaga e confusa esibita con troppa fretta e un gran tonfo, il 10 febbraio scorso.

L'idea di acquistare a prezzi di sconto, attorno alla metà o al 60 % del valore nominale scritto a libro, almeno mille e 250 mld di mutui era sembrato ciò che tutti i banchieri, i finanzieri, gli investitori, i giocatori e i risparmiatori sognano.

Era la "*surething*", la cosa sicura, la certezza di non poter perdere, grazie al trasferimento del rischio<sup>96</sup>.

15. Un recente *dossier* pubblicato sui mutui ne esamina statisticamente le erogazioni nel primo trimestre 2009. anzitutto le richieste totali sono crollate del 32% negli ultimi 5 mesi.

Come vedremo la statistica conferma tutte le nostre osservazioni sugli effetti traumatici sociali della tempesta perfetta, cioè il baratro aperto per le classi più deboli che precipitano a livello di povertà e diventano del tutto invisibili nell'accesso all'abitazione. Gli effetti abitativi si estendono anche alle classi medio- basse, il cui accesso vede sensibili diminuzioni.

A questo punto si inverte la spirale e la crisi diventa occasione di accrescimento di ricchezza per classi di reddito medie e medio-alte.

---

<sup>96</sup> Dal *Sole 24ore*.

Bisogna considerare che sono proprio le classi falciate dall'accesso al mutuo quelle che presuntivamente rientrano in quella fascia del 20% dei non proprietari.

L'effetto necessitato sarà che l'emarginato e la sua famiglia si riverseranno ancora una volta nel mercato illegale acquistando o costruendosi da sé un'abitazione abusiva, trasformandosi così da *invisibili* ad *informali*<sup>97</sup>. Entrando nel dettaglio, distinguendo i mutui erogati per classi di reddito, la classe inferiore è falciata del 300%

---

<sup>97</sup> «*Le pessoas invisíveis*, persone invisibili, sono gli emarginati, coloro che non hanno trovato accesso nella società, gli esclusi, gli informali; coloro i quali non esistono per lo Stato e che debbono provvedere a sé stessi, alla propria famiglia al di fuori del mondo formale. Devono ricercare un luogo in cui vivere ed abitare, sovente crearlo *ex novo* (*vila aparecida* è la fantasiosa definizione che i peruviani danno alle lottizzazioni abusive), senza farsi notare (*invisíveis*), al di fuori delle regole che l'uomo formale ha costruito; preoccupandosi dell'invisibilità, desideroso soltanto di creare stati di fatto che gli consentano di sopravvivere nel cuore pulsante della società (*Faraway, so close*: così vicino, così lontano). Devono inventarsi un lavoro precario (*ambulantato*,..) o che, comunque, non si conformi alle regole del mondo civile (definito perciò lavoro nero, non visibile), soddisfare da sé le esigenze culturali di cui, sovente, sono portatori.

Gli *invisíveis* sono rimasti tali, accrescendo via via di numero fino a divenire una quota imponente della popolazione. Essi sono andati progressivamente a bilanciare le esigenze che il formalismo della società borghese (successivamente capitalistica e neocapitalistica) gli consentiva di soddisfare offendo, con il loro esserci/non esserci, risorse e riserva di energia. Fino al momento in cui la società globalizzata ne ha recepito l'utilità ma al contempo, il rischio cancerogeno: la presenza sempre più incombente fin dentro il ventre della città; e gli effetti destabilizzanti del mondo parallelo degli informali, per la rilevanza economica crescente delle loro attività, tanto da costituire nel mondo globalizzato quota rilevante del PIL. La società, quindi, paventa nell'informalità i pericoli di implosione delle sue regole e la necessità di reintegrarla nel sistema amministrativo e fiscale per attutirne i disequilibri dei bilanci statali (assistenza, istruzione, fiscalità), nel rispetto di regole ineludibili della società civile. Si aggiunge il timore (corredato da vicende concrete, dalle *banlieues* alle periferie del mondo) della rivolta dei "diversi" che travolge i fragili confini del consenso sociale, ribellandosi e creando nuovi codici di comportamento, regole diverse (l'autogestione della comunità) e poteri paralleli alternativi allo Stato gestiti dalla malavita organizzata che trova nell'informalità terreno fertile per la diffusione dell'anti-Stato» F. LUCARELLI, *La titolarizzazione*, cit.

scendendo dal 12,6 del primo semestre 2002 al 4,3 del primo semestre 2009. meno sensibile la diminuzione della classe di reddito fino a 1500 euro, che comunque cala del 120%. È dai 2000 euro in su (classe media e medio-alta) che si verifica l'aumento dell'accesso ai mutui dal 70% fino al 140%. La difficoltà di accedere al mutuo e poi di onorarlo sollecita le classi più deboli a sceglierne la forma variabile che attualmente per i mutui ventennali di 100.000 euro, può comportare la minore incidenza mensile di 150 euro rispetto al tasso fisso. I più provveduti coprono di un ombrello protettivo il tasso variabile, cioè un tetto con il quale il tasso non potrà essere superato. Ad esempio "l'Mps protezione" a tasso variabile prevede un tasso massimo garantito del 5, 50%, mentre i mutui a tasso fisso oscillano tra 5, 36% e il 6,25%. Quindi, si può osservare che, allettati dai costi ridotti, le famiglie snobbano il fisso, scegliendo il variabile, passando dal 18% del primo semestre 2008 al 47% dei primi cinque mesi di quest'anno: è una bolla immobiliare pronta a scoppiare di nuovo<sup>98</sup>.

16. La discesa della *middle class* verso la "nuova povertà" non si identifica necessariamente con la perdita dei simboli più esclusivi della classe, l'abitazione (prima o seconda), auto di prestigio, vacanze in siti rinomati (indispensabili ad un racconto agli amici), ma in forme più sottili (o perverse) di rinunce espiatorie a quei beni che garantiscano quei piccoli (o grandi) precari che nell'immaginario collettivo rappresentano l'ascesa sociale.

---

<sup>98</sup> Da ultimo il Comitato economico e finanziario dell'Ue nel "fare i conti" sui costi della crisi ha individuato che 1/3 del PIL (circa 3000 mld) sono stati messi a disposizione delle Bnache e che solo 1/6 (500 mld) è stato destinato all'economia reale. Il problema trascende l'analisi economica in quanto "l'operazione salvataggio" voleva ottenere come risultato il controllo pubblico delle banche; il che spiega che i principali istituti di credito o non abbiano utilizzato le risorse pubbliche o le stiano restituendo.

Da qui in Italia il apleso nervosismo di Tremonti che vede sfuggire la preda di un controllo statista delle banche.

In particolare non è agevole sottrarsi agli effetti psicologici della continua e pressante provocazione consumistica all'accesso a beni a cui ci si assuefa quale droga, fino ritenere che il loro ottenimento costituisca simbolo di conquista sociale. La loro rinuncia, le ripercussioni emulative generano, così, frustrazione e conflitti, cui si cerca di ovviare con soluzioni alternative, surrogatorie che creino l'illusione della continuità.

Ne costituisce soluzione esemplare il capitalismo *cheap*<sup>99</sup>, nel doppio senso di “poco caro” ma anche “scadente”. *Cheap*: l'alto costo della cultura dello sconto” è il saggio di *Ellen Ruppel Shell*, docente alla *Boston University* che *Richard Bernstein* sul *New York Times* celebra come una lucida diagnosi delle patologie del consumismo *made in Usa*. La rincorsa al costo più basso possibile in America ha raggiunto degli estremi sconosciuti nel resto del mondo: la sola catena di ipermercati *Wal-Mart*, se fosse uno Stato-nazione, sarebbe il decimo *partner* commerciale della Cina.

*Cheap* è decadimento generale di qualità, valori, professionalità: i supersconti praticati da *Wal-Mart* si traducono in bassi salari, impoverimento di conquiste sociali, inquinamento e sprechi. I mutui *subprime* e la benzina sono altri esempi di un *cheap* solo apparente, che si prende vendette feroci sul debitore o sull'ambiente. Dalle fabbriche in rovina del *Midwest* impoverito dalle delocalizzazioni, alle desolanti cittadine nate attorno ad uno *shopping mall* come centro di vita sociale, la *Shell* denuncia il volto nascosto della cultura *cheap* e il modo in cui ha trasformato l'America.

La *Shell* si è fatta guidare da esperti di psicologia e studiosi di *marketing* per smascherare un'impostura: nulla è veramente economico, perché noi consumatori non abbiamo un'idea di quanto costi quel che compriamo. La politica dei prezzi usata dai colossi della grande distribuzione è una raffinata manipolazione della psiche umana, un malefico gioco delle illusioni.

Sul fronte del *Big Business*, il trionfo del capitalismo *cheap* ha coinciso con potenti cambiamenti nel paesaggio delle imprese. Dagli anni

---

<sup>99</sup> Articolo di F. RAMPINI, in *La Repubblica*, Roma 25 agosto 2009.

'90 in poi l'America ha subito una concentrazione senza precedenti nel settore distributivo. Migliaia di catene commerciali sono scomparse, fallite o inghiottite da un numero ristretto di giganti. All'inizio di questo decennio i dieci protagonisti dominanti della distribuzione ormai concentravano il 72% di tutte le vendite di moda, abbigliamento e accessori. Le scelte dell'industria manifatturiera, sulla qualità e sui metodi di produzione, sui salari e sulle delocalizzazioni, sono dettate imperativamente da quel che impone il distributore. Le stesse griffe della moda che un tempo ritenevano di poter chiedere un sovrapprezzo grazie all'immagine di lusso dei propri prodotti, sono diventate schiave consenzienti della cultura *cheap*. Gli economisti *Anne Coughlan* della *Kellogg School of Management*, e *David Soberman* dell'*Insead* di *Fontainebleau*, hanno studiato il fenomeno della proliferazione degli *outlet*. All'origine si trattava di spacci aziendali riservati ai dipendenti. Poi si misero a smerciare prodotti che avevano qualche piccolo difetto, scarti, o gamme fuori stagione. Funzionale, indispensabile al capitalismo *cheap* è il suo corrispettivo finanziario: l'ipertrofia del credito al consumo. 850 mld di dollari: è l'ammontare di debiti che gli americani hanno accumulato sulle loro Visa e Mastercard.

CAPITOLO TERZO  
LA TUTELA DEI BENI NEL SISTEMA DEI RAPPORTI ECONOMICI-  
COSTITUZIONALI

1. La tutela dei beni e le amnesie del legislatore. L'art. 811 c.c. – 2. La proprietà pubblica tra beni comuni e beni sociali – 3. Il progetto di riforma Rodotà: proposte di “inversione concettuale” nella disciplina dei beni – 4. I lavori della Commissione Rodotà ed i rapporti economici costituzionali – 5. La “formazione sociale” (art. 2 Cost.) e l'effettività nella tutela degli interessi; differenza tra beni sociali e beni comuni – 6. L'art. 41 Cost. ed i beni sociali quale funzione integrativa del consenso. I rapporti economico-sociali ed etico-sociali – 7. Gli artt. 41 e 43 Cost.: dai beni sociali ai beni comuni – 8. L'art. 43 Cost., la sussidiarietà verticale e i beni riservati o comuni – 9. L'art. 41 Cost. e i beni sociali. La perequazione obiettivo del riequilibrio – 10. I beni culturali: un inedito mixage fra beni comuni e beni sociali (artt. 9 e 41 Cost. e art. 42 Cost.: la fruizione generale alla collettività) – 11. La proprietà pubblica e la forza Bastiani. Una metafora – 12. La crisi della middle class ed i nuovi poveri – 13. Il diritto moderno e i cinque volti del capitalismo – 14. La Finanza “creativa” e le questioni di non manifestamente infondata incostituzionalità del decreto Abruzzo.

1. Abbiamo già evidenziato in altra sede<sup>100</sup> - proponendone la riscrittura in chiave costituzionale- l'importanza dell'art. 811 cod. civ. abrogato definendolo uno *scheletro nell'armadio*, l'articolo fantasma alla cui cancellazione non si è accompagnato né la sostituzione né alcun dibattito sul fondamento ideologico della sezione I “*Dei beni nell'ordine corporativo*”, né un'analisi del suo contenuto ( “*I beni sono sottoposti alla disciplina dell'ordinamento corporativo in relazione alla loro funzione economica ed alle esigenze della produzione nazionale*”) e della sua ampia ricaduta sull'articolato della sezione II intitolata “*Dei beni immobili e mobili*”.

La lettura è illuminante, ne denuncia immediatamente la connotazione fascista, in quanto la teoria dei beni è intesa ad evidenziare il mito autarchico dell'organizzazione produttiva che riflette la subordinazione del lavoratore al sistema di cui è chiaro il

---

<sup>100</sup> Cfr. F. LUCARELLI – L. PAURA, *Diritto privato e diritto pubblico*, cit. , *passim*.



riferimento alle “esigenze della produzione nazionale”. L’art. 811 c.c. abrogato poggiava solo sulla “economicità” del bene prescindendo da qualsivoglia problematica “solidaristica” della sua funzione e gestione.

Da qui ne deriva un altro aspetto dello “scheletro nell’armadio” che non può non sorprendere l’attento interprete: l’abrogazione dell’art. 811 c.c. ha eliminato l’unico articolo del codice che definiva la nozione di bene giuridico, articolo che non è stato sostituito, lasciando nel tessuto istituzionale una lacerazione non sanata dal legislatore e non avvertita dalla dottrina. Addirittura, leggendo la Relazione al codice civile (n. 402), troviamo l’art. 811 richiamato nella definizione della nozione di diritto di proprietà, riflesso ed applicazione di quella “suprema distinzione di beni”, che è implicita nella norma medesima<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup> Cfr. Relazione del Guardasigilli al Codice Civile, punto n. 386. - Il libro della proprietà si apre con il titolo “Dei beni” diviso in due capi, dei quali il primo tratta dei beni in genere e il secondo dei beni in relazione alla loro appartenenza allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici. Il primo capo è, a sua volta, diviso in tre sezioni: *Dei beni nell’ordine corporativo*, *Dei beni immobili e mobili*, *Dei frutti*.

L’art. 811, dichiarando che i beni sono soggetti alla disciplina dell’ordinamento corporativo in relazione alla loro funzione economica e alle esigenze della produzione nazionale, pone in evidenza il criterio fondamentale di distinzione dei beni nel nostro ordinamento, desunto dalla importanza dei beni stessi nell’economia produttiva della Nazione. In tutti i diritti positivi, com’è noto, si ritrova una partizione fondamentale dei beni con riguardi alla differente funzione economico-sociale a cui sono destinati due gruppi di cose: la partizione, cioè, tra una categoria di beni che hanno preminente importanza sociale e una categoria di beni che hanno, più che altro, interesse individuale. Nella disciplina del codice del 1865 la categoria dei beni d’importanza sociale s’identificava sostanzialmente con quella dei beni immobili. Ma col progredire dell’economia nazionale, con l’intensificarsi delle esigenze della vita sociale e con l’instaurarsi dell’ordine corporativo, questa tradizionale partizione non rende la fondamentale distinzione dei beni quale si desume dalla considerazione della loro odierna disciplina.

Essa è tuttora rilevante sotto vari aspetti e perciò è mantenuta nel codice.

Il criterio di distinzione che emerge dall’art. 811 è quello di beni che interessano la produzione nazionale e beni che servono all’uso o al godimento individuale. E’ rispetto ai primi che si esplica la disciplina caratteristica dell’ordinamento cor-

2. Tutta la prospettiva da noi assunta in tema di solidarietà e sussidiarietà (orizzontale e verticale) sarebbe pericolosamente sbilanciata e priva di una reale radice costituzionale se non venisse inquadrata nel rapporto da noi già trattato<sup>102</sup> in tema di rapporti tra soggetto e beni, sottolineando soprattutto le funzioni di beni pubblici riservati allo Stato e quella dei beni sociali “umanizzati” nell’art. 41 Cost. attraverso istituti e servizi sociali.

Ci sembra opportuno richiamare gli studi condotti sui lavori della Commissione Rodotà per l’elaborazione dei “Principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo per la novellazione del Capo II Del Titolo I Del Libro III del Codice civile nonché di altre parti dello stesso libro ad esso collegate per le quali si presentino simili necessità di recupero della funzione ordinante del diritto della proprietà e dei beni”.

---

porativo: la loro importanza nella conservazione e nell’accrescimento delle energie economiche della Nazione importa non soltanto maggiori limitazioni dell’autonomia privata, ma obblighi di carattere positivo, conforme all’interesse della collettività, con cui quello individuale deve coordinarsi. Rispetto a tali beni la proprietà assume una configurazione nella quale riescono modificate le note fondamentali di pienezza ed esclusività del diritto dichiarate nella definizione e meglio emerge quell’aspetto di diritto-dovere, pur dichiarato nella definizione stessa (art. 832); la quale, richiamando limiti e obblighi all’ordinamento giuridico in genere, ha riferimento particolare all’ordinamento corporativo per ciò che riguarda i beni che interessano la produzione nazionale.

In molti casi l’interesse dell’economia nazionale non oltrepassa la fase di produzione di dati beni e non si estende al successivo uso dei medesimi da parte dei singoli a cui sono acquisiti. In altri casi la disciplina corporativa contempla la circolazione o la distribuzione dei beni: il che pure l’art. 811 esprime richiamando più in generale la loro funzione economica.

E’ evidente come da questo profilo eminentemente economico, che determina tutto un regime speciale dei beni, il quale trova larga espressione appunto nell’ordinamento corporativo, vada distinto altro profilo pur d’interesse sociale, quale si riscontra particolarmente nei beni di demanio pubblico o patrimoniale indisponibili o nelle cose d’interesse storico o artistico, dandosi luogo ad altre distinzioni dei beni che sono di seguito considerate.

<sup>102</sup> Cfr. F. LUCARELLI – L. PAURA, *Diritto privato e diritto pubblico*, cit., *passim*.

Il Codice del 1942 è cronologicamente antecedente alla Costituzione italiana. Ne segue che la prima preoccupazione della Commissione nel porre mano ad una novella è stata quella di porre il Codice, legge ordinaria, in sintonia con le norme costituzionali ad esso sovraordinate. A tal fine, la Commissione ha fatto esplicito riferimento in ciascuna delle tipologie di beni pubblici identificati, alle norme costituzionali di riferimento. Ne è emerso un sistema di principi, approfonditamente discussi in particolare nel corso dell'audizione del Prof. Pietro Perlingieri, volto a realizzare una disciplina dei beni pubblici che sia coerente con il disegno costituzionale di uno "Stato sovrano, sociale ad economia mista, fondato su forti principi di solidarietà". Tale opzione si riflette nella nomenclatura scelta, non senza approfondito e assai vivo dibattito nell'ambito soprattutto delle componenti accademiche della commissione, per le singole tipologie dei beni pubblici sovrani, i beni pubblici sociali ed i beni pubblici fruttiferi.

Secondo la Commissione, il fatto che siano passati sessanta anni dall'esperienza costituente e che l'Italia abbia rinunciato a taluni ambiti di sovranità a favore dell'Europa, non costituisce una legittimazione dello *status quo* qualora questo si ponga in conflitto con i principi costituzionali suddetti. Si tenga conto in particolare che è ad oggi vigente l'art. 295 (ex 222) del Trattato CE ai sensi del quale, il Trattato "lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri". Ne segue che le opzioni in materia di proprietà pubblica sono sottratte alla giurisdizione europea (il che supporta la chiara distinzione, fra proprietà pubblica e servizi pubblici). Ciò ovviamente non significa che la Commissione abbia ignorato l'evoluzione degli altri sistemi giuridici europei ed extraeuropei. Si è tuttavia prodotto in tutte le componenti della Commissione un unanime consenso per un forte richiamo alla Costituzione – e sulla necessità del "far vivere la disciplina costituzionale italiana", basata com'essa è su un paradigma di completa equidistanza fra proprietà privata e

proprietà pubblica. Da quanto detto discendono alcuni punti che la Commissione ritiene vadano tenuti fermi.

I beni ad appartenenza pubblica necessaria, o beni pubblici<sup>103</sup> delle persone giuridiche pubbliche, indicati come “beni pubblici sovrani”, devono essere riconducibili alla Repubblica come elementi connaturali alla sovranità ed integrità territoriale ancorché essa sia oggi organizzata in modo articolato dal Titolo V della Costituzione. Il loro regime deve ispirarsi agli artt.1, 5 e 117 della Costituzione. La previsione normativa e la forte tutela di questi beni pubblici è volta a consentire la piena sovranità della Repubblica Italiana sul proprio suolo e la sua piena indipendenza, in qualunque circostanza rispetto a poteri esterni siano essi pubblici o privati.

Per i beni a destinazione pubblica, indicati come “beni pubblici sociali”, il regime di riferimento si trova negli artt.2,3,4,41,43 Costituzione. L'utilizzo di questi beni è necessariamente legato al fine di consentire la piena realizzazione dei diritti sociali garantiti a tutti dalla Costituzione. Principio forte che li governa è quello del rimpiazzo. La loro destinazione pubblica sociale può essere dismessa soltanto garantendo la destinazione di equivalenti beni alla stessa funzione.

Per i beni di proprietà privata delle persone pubbliche, indicati come beni pubblici fruttiferi, mutuando la terminologia dal Conto Patrimoniale della Pubblica Amministrazione, il richiamo Costituzionale non è altro che quello alla buona amministrazione.

---

<sup>103</sup> Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni*, cit., p. 3 e ss.

3. Dal punto di vista dei fondamenti, la riforma<sup>104</sup> si propone di operare un'inversione concettuale rispetto alle tradizioni giuridiche del passato. Invece del percorso classico che va "dai regimi ai beni", l'indirizzo della Commissione procede all'inverso, ovvero "dai beni ai regimi". L'analisi dell'ontologia dei beni individua i beni come oggetti, materiali o immateriali, che esprimono "fasci di utilità". Le utilità possono esprimersi secondo modalità di vario genere. Possono essere pure o miste, ovvero di carattere interamente

---

<sup>104</sup> Schema di legge delega per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici (presentato in data 15 febbraio 2008):

*Omissis*

3. Il decreto delegato è adottato, realizzando il necessario coordinamento con le disposizioni vigenti, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi generali:

a) Revisione della formulazione dell'art. 810 del codice civile, al fine di qualificare come beni le cose, materiali o immateriali, le cui utilità possono essere oggetto di diritti.

b) Distinzione dei beni in tre categorie: beni comuni, beni pubblici, beni privati.

c) Previsione della categoria dei beni comuni, ossia delle cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona. I beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future. Titolari di beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o privati. In ogni caso deve essere garantita la loro fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge. Quando i titolari sono persone giuridiche pubbliche i beni comuni sono gestiti da soggetti pubblici e sono collocati fuori commercio; ne è consentita la concessione nei soli casi previsti dalla legge e per una durata limitata, senza possibilità di proroghe. Sono beni comuni, tra gli altri: i fiumi e i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate.

La disciplina dei beni comuni deve essere coordinata con quella degli usi civici. Alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione dei beni comuni ha accesso chiunque. Salvi i casi di legittimazione per la tutela di altri diritti ed interessi, all'esercizio dell'azione di danni arrecati al bene comune è legittimato in via esclusiva lo Stato. Allo Stato spetta pure l'azione per la reversione dei profitti. I presupposti e le modalità di esercizio delle azioni suddette

economico-pecuniario, di carattere interamente sovrano o sociale o comune, o di carattere misto. Esse possono, inoltre, riguardare diversi piani di applicazione: quello della tutela, quello della circolazione, quello del godimento in concessione. Le diverse configurazioni delle utilità dei beni e dei piani di applicazione determinano i singoli regimi o sottoregimi. Un bene che esprime solo utilità di mercato (economico-pecuniarie) è un bene che è regolato *in toto* dal diritto comune, indipendentemente dalla natura

---

saranno definite dal decreto delegato.

d) sostituzione del regime della demanialità e della patrimonialità attraverso l'introduzione di una classificazione dei beni pubblici appartenenti a persone pubbliche, fondata sulla loro natura e sulla loro funzione in attuazione delle norme Costituzionali di cui all' Art 1. 2 così articolata: 1) beni ad appartenenza pubblica necessaria. 2) beni pubblici sociali. 3) beni pubblici fruttiferi.

1) I beni ad appartenenza pubblica necessaria sono quelli che soddisfano interessi generali fondamentali, la cui cura discende dalle prerogative dello Stato e degli enti pubblici territoriali. Non sono ne' usucapibili ne alienabili. Vi rientrano fra gli altri: le opere destinate alla difesa; le spiagge e le rade; la reti stradali, autostradali e ferroviarie; lo spettro delle frequenze; gli acquedotti; i porti e gli aeroporti di rilevanza nazionale ed internazionale. La loro circolazione può avvenire soltanto tra lo Stato e gli altri enti pubblici territoriali. Lo Stato e gli enti pubblici territoriali sono titolari dell' azione inibitoria e di quella risarcitoria. I medesimi enti sono altresì titolari di poteri di tutela in via amministrativa nei casi e secondo le modalità che verranno definiti dal decreto delegato.

2) Sono beni pubblici sociali quelli le cui utilità essenziali sono destinate a soddisfare bisogni corrispondenti ai diritti civili e sociali della persona. Non sono usucapibili. Vi rientrano tra gli altri: le case dell' edilizia residenziale pubblica, gli edifici pubblici adibiti a ospedali, istituti di istruzione e asili; le reti locali di pubblico servizio. E' in ogni caso fatto salvo il vincolo reale di destinazione pubblica. La circolazione è ammessa con mantenimento del vincolo di destinazione. La cessazione del vincolo di destinazione e' subordinata alla condizione che gli enti pubblici titolari del potere di rimuoverlo assicurino il mantenimento o il miglioramento della qualità dei servizi sociali erogati. Il legislatore delegato stabilisce le modalità e le condizioni di tutela giurisdizionale dei beni pubblici sociali anche da parte dei destinatari delle prestazioni. La tutela in via amministrativa spetta allo Stato e ad enti pubblici anche non territoriali che la esercitano nei casi e secondo le modalità definiti dal decreto delegato. Con la disciplina dei beni sociali andrà coordinata quella dei beni di cui all' art 826, comma 2, del codice civile, ad esclusione delle foreste, che rientrano nei beni

di appartenenza soggettiva, pubblica, privata. In questo caso esso viene inserito in contesti puri di concorrenza, senza vincoli pubblici o limitazioni. Si tratta di beni patrimoniali puri, in tutto equivalenti ai beni patrimoniali di un soggetto privato.

Un bene che esprime utilità sociali sovrane o comuni<sup>105</sup> può esprimere simultaneamente utilità di mercato e utilità non di mercato. Se esprime utilità di mercato esso è soggetto a vincoli, sia di destinazione sia riguardo alla misura del ritorno economico-pecuniario per il soggetto che li gestisce. In questo caso è possibile parlare di beni che esprimono utilità sociali sovrane o comuni che stanno su “un mercato con vincoli”. Essi possono quindi anche essere gestiti da privati disposti a ritorni economico-pecuniari tipici dei mercati a forte regolamentazione pubblica, ma anche, in altri casi ancora, “al di sotto o ai minimi del mercato”. In vari casi si tratterà di privati, semi-privati o entità associative (comuni o cooperative), disposti per loro missione, a operare in mercati particolari che portano ritorni legati alle specificità dei mercati o

---

comuni.

3) Sono beni pubblici fruttiferi quelli che non rientrano nelle categorie indicate dalle norme precedenti. Essi sono alienabili gestibili dalle persone pubbliche con strumenti di diritto privato. L' alienazione ne e' consentita solo quando siano dimostrati il venir meno della necessità dell' utilizzo pubblico dello specifico bene e l'impossibilità di continuarne il godimento in proprietà con criteri economici. L'alienazione e' regolata da idonei procedimenti che consentano di evidenziare la natura e la necessità delle scelte sottese alla dismissione. I corrispettivi realizzati non possono essere imputati a spesa corrente.

e) definizione di parametri per la gestione e la valorizzazione di ogni tipo di bene pubblico. In particolare:

1) Tutte le utilizzazioni di beni pubblici da parte di un soggetto privato devono comportare il pagamento di un corrispettivo rigorosamente proporzionale ai vantaggi che può trarne l' utilizzatore individuato attraverso il confronto fra più offerte. 2) Nella valutazione delle offerte, anche in occasione del rinnovo, si dovrà in ogni caso tenere conto dell' impatto sociale ed ambientale dell' utilizzazione. 3) La gestione dei beni pubblici deve assicurare un'adeguata manutenzione e un idoneo sviluppo anche in relazione al mutamento delle esigenze di servizio.

<sup>105</sup> Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni*. cit., p 3 ss

semi-mercati su cui operano. Se invece beni non esprimono alcuna utilità economica e pecuniaria ma solo utilità sociali (sovrane o comuni) la gestione deve essere solo pubblica, anche in ragione del fatto che non vi è interesse per i privati a gestire beni che non producono alcuna utilità economico-pecuniaria.

4. L'indagine da noi condotta ha quindi preso spunto dai lavori della Commissione Rodotà per l'elaborazione dei "Principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo per la novellazione del Capo II Del Titolo I Del Libro III del Codice civile nonché di altre parti dello stesso libro ad esso collegate per le quali si presentino simili necessità di recupero della funzione ordinante del diritto della proprietà e dei beni"<sup>106</sup>.

A questo punto il nostro intento è ricostruire il filo conduttore del ruolo dello Stato nell'economia tra il regime della proprietà pubblica e dei servizi pubblici essenziali (segnato dalla incombente progressiva dismissione e gestione privatistica) e la tutela dei diritti fondamentali strettamente connessi che esprimono i principi costituzionali di democrazia sociale.

Dal punto di vista dei fondamenti, la riforma "Rodotà" si proponeva di operare un'inversione concettuale rispetto alle tradizioni giuridiche del passato, proponendo classi di beni legate non alla soggettiva appartenenza degli stessi, bensì alla destinazione/utilità che sono in grado di esprimere.

A nostro avviso, invece, il bene giuridicamente inteso, sia esso pubblico, comune, sociale o individuale, trova costantemente la sua ragion d'essere nell'effettività, nella sua potenzialità a produrre fasci di utilità meritevoli di tutela. Quale "lanterna magica" il bene proietta le sue immagini su una superficie opaca che rappresenta lo scenario, colorandosi delle utilità che la collettività, la comunità o il privato trarranno dal bene. Nella metafora, un caleidoscopio di

---

<sup>106</sup> Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni*, cit., p 3 ss.



situazioni di effettività, variabili soggettivamente in relazione all'utilizzo, oggettivamente relative in relazione alle potenzialità.

L'effettività quale criterio di valutazione dei beni rende opinabile la possibilità di poterne operare una classificazione in categorie rigide precostituite o museificate; siano essi beni pubblici (o comuni), beni sociali o beni privati, saranno le "utilità" a qualificarne rispettivamente la fruizione generale alla collettività (art. 43 Cost.), il beneficio per "formazioni sociali" (art. 41 Cost), ovvero l'interesse del singolo. Il che ne determina anche una permeabilità tra le classificazioni, sia in forma ascendente che dismissiva.

Ritorniamo ai beni "riservati". L'art. 43 Cost. utilizza in modo distinto due allocuzioni estremamente significative nella diversa portata: l'una iniziale, a carattere preclusivo, che prelude alla riserva originaria ed è l'utilità generale; l'altra invece, l'interesse generale, conclusiva della disposizione, di carattere effettuale e teleologico, ne prevede l'estensione "a categorie di imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali" (di per sè, prevalentemente beni sociali), quando assumono caratteri di "interesse generale". Non può essere priva di significato la distinzione tra utilità ed interesse: l'una elemento fondante, l'altra circostanza sopravveniente, requisito di specificità.

Al contrario, depotenziati i fini di "utilità generale", non ricorrendo caratteri di "interesse generali", il bene da riservato potrà divenire oggetto di programmi, controlli, indirizzi, coordinamento (divenendo bene sociale), ovvero ritornare al mercato.

Tuttavia finchè i caratteri permangono o sopravvengono sono costituzionalmente illegittime privatizzazioni o dismissioni, anche al fine della sola gestione del bene.

Aver individuato l'elemento caratterizzante del bene nella effettività di generare utilità ed interessi può indurci ad ulteriori riflessioni che pur non ponendo in discussione il "carattere" del bene incidano sulla tipologia delle azioni processuali a difesa per quanto riguarda l'esperibilità ed il convenuto delle azioni. Più precisamente, il bene pubblico o comune, promossa la destinazione di fruizione generale

alla collettività può anche influenzare in modo diretto e immediato esigenze di esercizio processuale da parte di una specifica formazione sociale o di una comunità; ovvero essere giuridicamente incompatibili, limitatamente allo specifico esercizio, con gestione o acquisizione privata.

Si aprono, quindi, su tali vicende ventagli di esercizio di azioni processuali, amministrative ed ordinarie, che senza porre in causa la natura del bene, ne identifichino in concreto l'effettività e compatibilità, ovvero ne difendono l'oggetto e la permanenza. In questa prospettiva verificheremo anzi l'esercizio della class action, azione seriale, contro la P.A, sempre nella prospettiva dell'art. 97 Cost.

5. La nostra analisi, prescinde da una aprioristica classificazione e ricorre sempre al criterio guida della effettività in relazione agli interessi concretamente perseguiti, resi oggettivi dal riferimento alle formazioni sociali i cui contenuti impongono sempre una relatività e variabilità nel raggiungimento degli obiettivi prefissati, (formazioni sociali che tanto più nella definizione dei beni possono rivelare un coagulo di interessi, quali ad es. tutela dell'ambiente). Obiettivi del tutto occasionali in relazione ad una problematica specifica che venga a costituirsi e alla sua ricaduta su formazioni non più rappresentabili o configurabili in categorie sociali, il che rende inadeguata una classificazione tassativa che non consenta permeabilità tra le diverse funzioni. Sotto questo profilo l'attenzione si concentra sull'ontologia dei beni c.d. comuni, fondanti il ruolo dello Stato nella tutela della personalità, distinguendoli dai beni sociali, intesi quali istituti o servizi con funzioni integrative; questi ultimi a carattere non assoluto, volti a sanare situazioni di fatto impedienti la piena realizzazione della personalità nelle formazioni sociali, garantendo "fasci di utilità", di carattere economico e di natura etico-sociale.

La diversa configurazione delle utilità consente di delimitarne la riferibilità oggettiva, alternativa o simultanea, in maniera speculare ai rapporti costituzionali economico-sociali, ovvero etico-sociali. Anticipiamo con un prospetto sintetico il lavoro che segue:

### **Beni comuni (art. 43 Cost.)**

**Oggetto:** Servizi pubblici essenziali. Funzione socio-economica preminente.

**Caratteri:** Preminente interesse generale: riserva di Imprese o categorie di Imprese. Espropriazione integrativa della riserva.

**Destinazione:** Fruizione generale alla collettività

**Obiettivo:** Tutela della personalità

### **Beni sociali (art. 41 Cost.)**

**Oggetto:** Servizi e istituti pubblici o privati di impatto sociale.

**Caratteri:** Relatività oggettiva e variabilità soggettiva. Integrazione di funzioni economico-sociali o etico-sociali.

**Destinazione:** Fasce sociali differenziate.

**Obiettivo:** Eliminazione di *situazioni di fatto* lesive della piena realizzazione della personalità nelle formazioni sociali.

La classificazione ha lo scopo di esemplificazione didattica, dal momento che la stessa commissione Rodotà non sfuggirebbe ad un giudizio di contraddittorietà laddove, partendo dalla premessa della funzionalità/utilità dei beni, ne cristallizzasse l'effettività della funzione, che invece può essere variabile e quindi richiedere in un caso la riserva, nell'altro il controllo programmatico in vista dell'utilità sociale. Quello che già abbiamo evidenziato è la permeabilità tra le funzioni che il bene può sprigionare, ed al contempo la possibile coesistenza della pluralità delle utilità, la cui empirica valutazione assiologica ne impedisce un rigido ed aprioristico giudizio di prevalenza.

6. Art. 41 Cost. e beni sociali: utilità sociale, sicurezza, libertà e dignità umana; programmi e controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata a fini sociali. I beni sociali si concretizzano in istituti e servizi, tesi a garantire l'uguaglianza sostanziale (art. 3 Cost., comma 2). I beni sociali, infatti, consentono di acquisire quote di cittadinanza a chi ne è carente, dai settori della sanità, alla formazione, all'istruzione, alla giustizia, ecc.

Si tratta del più vasto e pervasivo modello di *Welfare* (solidarietà orizzontale) che il Costituente ha voluto tracciare nell'obiettivo perequativo di bilanciare l'iniziativa economica con il benessere ed il consenso sociale. Viene così lanciato, nel contempo, un ponte di collegamento tra i rapporti economico-sociali e quelli etico-sociali, completandosi la strategia dei beni comuni e della sussidiarietà verticale e orizzontale della P.A.: dalle misure economiche, provvidenze ed istituti sussidiari alla famiglia (art. 31 Cost.); alla tutela della salute ed alle cure gratuite per gli indigenti (art. 32 Cost.); alle provvidenze economiche per rendere effettivo il diritto allo studio dei capaci e meritevoli (art. 34 Cost.).

Lavoro, abitazione, sanità, formazione, (cultura e beni culturali) sono categorie di beni sociali, in quanto attraverso di essi la Costituzione intende garantire il consenso attraverso specifici servizi ed istituti che ne attuino in concreto l'accesso. A livello comunitario (Carta di Nizza) vi si aggregano i nuovi diritti sociali, diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa (art. 27), sicurezza nel lavoro e assistenza sociale (art. 34), accesso ai servizi di interesse economico generale (art. 36), tutela dell'ambiente (art. 37), protezione del consumatore (art. 38).

Con efficace effetto plastico l'art. 3 del Progetto di Trattato Costituzionale (Carta Europea dei Diritti fondamentali e Diritti sociali), accomuna tutti i beni sociali tra gli obiettivi della coesione socio-culturale: "L'Unione si adopera per un'Europa dallo sviluppo sostenibile basata sulla crescita economica equilibrata, una

economia sociale e di mercato... che mira alla piena occupazione e al progresso sociale e ad un elevato livello della qualità dell'ambiente....Essa combatte l'esclusione sociale e promuove la giustizia e la protezione sociale, nonché la coesione economica, sociale e territoriale". L'art. 4, comma 1, ne completa la strategia, prevedendo che l'Unione europea contribuisca alla eliminazione della povertà.

La tutela dei beni sociali nella funzione di sussidiarietà orizzontale, opera in un sistema di valori caratterizzato da servizi ed istituti che fungono da ammortizzatori sociali delineando il Welfare State moderno. La loro tutela si presenta indispensabile di fronte alla crisi economica che dai soggetti più deboli si estende alla *middle class*, il cui diminuito potere di acquisto la sospinge alle soglie della povertà nella quasi assoluta impermeabilità agli strati sociali superiori.

7. Nelle disposizioni costituzionali in tema di rapporti economici (artt.35 ss.) si attua un costante bilanciamento perequativo tra diritto dei privati<sup>107</sup> (ci sembra più corretto utilizzare tale espressione che può essere omnicomprensiva di diritto soggettivo, interesse legittimo, interessi diffusi) ed intervento pubblico, solidarietà e sussidiarietà; quest'ultima ad azione orizzontale e verticale.

In *progress*, se riflettiamo sulla tutela dei beni, utilizzando le categorie della Commissione Rodotà, ne rinveniamo tre *species*, privati, comuni e pubblici (cui ineriscono i beni riservati e sociali), mentre, per quanto riguarda il contenuto economico, tre sono ancora le proiezioni soddisfattive di interessi, retribuzione, profitto e rendita, regolate rispettivamente dagli artt. 36, 41, 42, (44, 47) Cost. Nel concreto soddisfacimento degli interessi privati, agisce quale contrappeso sociale un costante pendolo solidale dello Stato, che

---

<sup>107</sup> Abbiamo ritenuto opportuno qualificare un nuovo *genus* di interessi meritevoli di tutela, nel superamento del dualismo diritto soggettivo – interesse legittimo, gli *interessi a legittimazione sociale* su cui si veda *infra*.

garantisce rispettivamente i “livelli di vita liberi e dignitosi” (art. 36 Cost.), la “libertà e dignità umana” (utilità e fini sociali, art. 41, 2° e 3° comma), la “funzione sociale” (ed equi rapporti sociali) e l’“accessibilità a tutti” (artt. 42-44 Cost.), “l’accesso alle proprietà” (art.47 Cost.).

Trasponendo il discorso dalla titolarità, rispettivamente dei diritti e delle garanzie sociali alla tipologia dei beni, come detto, ne rinveniamo tre specificazioni, beni privati, beni comuni, beni sociali. Se la prima e la seconda categoria (quest’ultima concernente i beni riservati allo Stato *ex* art. 43 Cost.) sarebbe potuta apparire di immediata identificazione, più complessa può apparire l’individuazione dei beni sociali, che, più che caratterizzarsi nell’attribuzione diretta a soggetti, riflettono l’incrociarsi di interessi individuali con funzioni e fini sociali che daranno luogo agli interessi a legittimazione sociale (*infra*). Muovono dall’ideale di Welfare State, di una fruizione socialmente differenziata di istituti e servizi integrativi (perciò orizzontalmente sussidiari) alla formazione della personalità individuale ed alla captazione del consenso sociale.

8. Nell’articolato costituzionale, dunque, concernente i rapporti economici (artt. 41-42-44-45-47 Cost.), l’ordinamento disciplina la copresenza privato e pubblico: iniziativa economica pubblica e privata, proprietà pubblica e privata, nonché un programma di controlli, limiti, obiettivi, incentivi, tutti intesi a bilanciare il diritto del privato con regole perequative di solidarietà (utilità sociale, libertà, dignità umana, funzione sociale, equi rapporti sociali, accessibilità alle proprietà, espropriazione per interesse generale) e sussidiarietà orizzontale (proprietà ed iniziativa pubblica, programmi e controlli, partecipazioni statali, incentivi; accesso alle proprietà: abitazione, piccola e media proprietà contadina, azionariato popolare).

L'art. 43 Cost. riveste, invece, un ruolo del tutto autonomo e dà *imprimatur* impositivo a tutte le imprese e categorie di imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio. In questo contesto emerge il carattere socioeconomico del sistema democratico inteso a riservare allo Stato ciò che ritiene possa assumere carattere di preminente interesse generale. Si disegna, così, il ruolo della sussidiarietà verticale, nell'emersione prioritaria dei beni comuni di cui lo Stato ne assume proprietà, gestione e controllo, con la riserva di proprietà o prevedendone trasferimento successivo a suo favore, una volta determinata il carattere di preminente interesse generale. Dunque, si tratta di una strategia "espansiva", intesa non a racchiudersi in un modello precostituito, ma a garantire anche potenzialmente l'acquisizione di altri beni comuni che non siano inizialmente categorizzati. La differenza fondamentale della sussidiarietà verticale rispetto a quella orizzontale va letta proprio nel "dovere" dello Stato non solo di riservare a sé, ad Enti pubblici o comunità di lavoratori o utenti, imprese o categorie, ma anche di provvederne al trasferimento mediante esproprio dei beni comuni non riservati ma di cui emerga il preminente interesse sociale.

È soprattutto la differente disciplina dell'esproprio ad offrirci l'*imprimatur* dei beni comuni oggetto di ablazione. Mentre l'art. 42, co.3, Cost. disciplina l'esproprio della proprietà privata assoggettandolo a previsione della legge e "motivi di interesse generale"<sup>2</sup>, l'art. 43 Cost. riferisce esplicitamente al carattere di "preminente interesse generale" l'espropriazione di imprese o categorie di imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali per cui "ai motivi" si sostituisce "il carattere" e "all'interesse generale" il "preminente interesse generale".

Ne deriva l'inceditibilità e l'intrasferibilità dei beni comuni ex art. 43 Cost., in quanto il modello delineato di riserva ha funzione espansiva, dalla riserva iniziale al trasferimento acquisitivo. La cessione di tali beni violerebbe quindi il carattere insito nei beni stessi nella loro funzione preminente di interesse generale: dove

“carattere” sta per requisito fondante e “preminente” per assolutezza.

Con ciò non si intende cristallizzare del tutto le categorie, in coerenza con l’inversione metodologica operata dalla riforma “Rodotà”: dovrebbe trattarsi soltanto di beni soggetti nel tempo ad obsolescenza dovuta all’evoluzione tecnica e industriale che ne faccia venir meno l’utilità o ne commuti l’interesse “preminente” in un servizio diverso rispetto a quello iniziale (questo sì da essere oggetto di riserva attraverso esproprio).

La dimensione sostanziale ascrivibile al predicato di preminenza dell’interesse generale connotante la categoria dei beni comuni produce conseguenze processuali in termini di tutela degli stessi laddove si ipotizzi l’esercizio di un’azione collettiva risarcitoria nel settore pubblico (su cui *infra*). In questi casi, infatti, la differenziazione della categoria dei beni comuni da quella dei beni sociali si rivela illuminante nella misura in cui l’assiologia generale dell’interesse sottesa ai beni comuni postula la sua riferibilità soggettiva esclusivamente allo Stato (diversa la soluzione prospettata per i beni sociali su cui *infra*) a cui la formazione sociale si rivolge per ottenere tutela nella difesa della riserva di legge.

9. Le categorie dei beni sociali rientrano, a noi sembra, a pieno titolo nella disciplina dell’art. 41 Cost., commi 2 e 3, enfatizzato a tutela dell’iniziativa privata, ma estremamente strategico nel disegnare l’intervento dello Stato nell’economia, individuandosi il ruolo della sussidiarietà orizzontale nell’iniziativa pubblica, che compare quale “colpo di teatro” nel comma 3 di un articolato che sembrava destinato ad esaurirsi nella disciplina dell’iniziativa privata. Sussidiarietà soprattutto pervasiva nei programmi e nei controlli, da determinarsi per legge sull’iniziativa privata.

Per i beni sociali, quindi l’integrazione (sussidiarietà orizzontale) attraverso iniziative pubbliche o private, intende rimuovere situazioni di fatto che impediscano il pieno sviluppo della



personalità umana (art. 3 Cost., 2° comma); il che ne rende soggettivamente relativo e variabile l'esercizio, secondo l'interesse sotteso ovvero la graduazione sociale ed il risultato perseguito. Ed è proprio la virtualità e l'occasionalità dell'esercizio "a sussidio" a segnare l'obiettivo perequativo che differenzia i beni sociali dai beni comuni (o riservati), in quanto per questi ultimi gioca l'assolutezza della riserva tesa a garantirne prioritariamente la fruizione generale alla collettività e, quindi, la necessaria titolarità pubblica della destinazione e dell'esercizio. Per i beni sociali, invece predomina la variabile perequativa della finalità sociale e, dunque, il risultato da perseguire, indipendentemente dall'esercizio pubblico o privato dell'iniziativa economica.

L'elemento condizionante la fase empirica di utilizzo degli stessi è necessariamente legato alla teleologia della piena realizzazione dei diritti sociali garantiti a tutti dalla Carta fondamentale, quale proiezione del *Welfare State*, espressione di una sussidiarietà orizzontale (integrativa).

Circoscrivendo l'attenzione ai beni sociali dunque si tratta di istituti e servizi sociali, connotati prevalentemente di forte specificità (edilizia residenziale pubblica, edifici pubblici adibiti a ospedali, istituti di istruzione e asili; reti locali di pubblico servizio, etc.), prescindenti dal legame di inscindibilità con la tutela della persona (elemento connotante i beni comuni), rispetto a cui la titolarità della gestione, privata o pubblica (art. 41 Cost.), diviene indifferente rispetto alla destinazione sociale della fruibilità. Ciò che rileva è il necessario perseguimento della "utilità sociale" (comma 2 art. 41), unitamente alla necessità che l'attività economica venga "indirizzata e coordinata a fini sociali" (comma 3 art. 41 Cost.). L'ambito di operatività della categoria riguarda settori che lo Stato non si riserva (come avviene nell'art. 43 Cost), in cui la notevole elasticità della garanzia si traduce nella risposta ad esigenze sociali differenziate anche nel tempo.

I servizi ed istituti soddisfacendo esigenze sociali (sanità, istruzione, formazione, gratuito patrocinio,...) "liberano" anche frazioni di

utilità di salario, favorendo un miglior tenore di vita del lavoratore e garantendogli “livelli di vita liberi e dignitosi”. (art. 36 Cost.), minimo comune denominatore di perequazione.

Quanto ai casi empirici di applicazione l'esemplificazione proposta dalla Commissione Rodotà per i beni sociali, può essere arricchita da tutte quelle controversie di natura seriale che sempre più caratterizzano il settore pubblico. Si pensi ai danni da emotrasfusioni, (in cui è configurabile un concorso causale efficiente di responsabilità e per la struttura operativa fornitrice del servizio e per l'inosservanza di un obbligo di vigilanza e garanzia dello Stato in ordine alla prestazione sanitaria, specificantesi in un dovere di indirizzo e coordinamento gravante sul Ministero della Salute (cfr. art. 41, 2° e 3° comma), che sarebbe così un ulteriore legittimato passivo ad causam), ed anche danni ambientali, danni alla salute conseguenti all'uso di amianto, uranio impoverito, emissioni elettromagnetiche, danni per mancata erogazione di reddito da cittadinanza, per il non corretto funzionamento del servizio mensa nelle strutture scolastiche ed universitarie, per il non rispetto o non corretta applicazione delle graduatorie di accesso all'edilizia economica e popolare, per violazioni del diritto allo studio (borse di studio presalario, ecc.), danni derivanti da omissione nella manutenzione di strutture ed infrastrutture pubbliche, ecc.

10. Deluderemmo il lettore se non affrontassimo il tema dei beni culturali nella prospettiva dei rapporti economici-costituzionali.

Ci si potrebbe obiettare che l'art. 9 Cost. che li disciplina è collocato non solo logisticamente in tutt'altra parte della Costituzione, ma ciò non osta ad una riconsiderazione attuale che superi quel concetto di estraneità sociale e di elitarismo proprietario che animava ancora il legislatore influenzato dalla legislazione del '39.

In verità la disciplina dei beni culturali, trova le sue radici nella vita culturale dei popoli, sì da venire consacrata dall'Unesco patrimonio dell'umanità, presuppone quale elemento fondante l'accesso e la fruizione generale dei beni alla collettività. Coerente a questo obiettivo il legislatore ha seguito due linee che a un certo punto si incontrano. Intendiamo riferirci ai limiti alla proprietà dettati in funzione dell'accesso (art. 42 Cost.) e dei beni comuni quale patrimonio dello Stato in tema di beni culturali, attestanti la vastità del patrimonio pubblico e la sua "riserva" nell'esercizio del diritto di prelazione.

È a questo punto che l'art.43 Cost. si collega all'art. 41 Cost. che esercita la sua funzione su quella vasta area dei beni culturali e paesaggistici (rientra in funzione l'art. 9 Cost.) in cui la garanzia della fruizione alla collettività è in re ipsa nella tutela e in una gestione garantista nel dischiudersi al sociale<sup>108</sup> (le sempre più diffuse giornate destinate alle visite gratuite a monumenti e musei nazionali). In questa dimensione nei beni culturali si coacervano le disposizioni che dall'art. 9 Cost. si estendono ai rapporti economico-costituzionali (art. 41-43-44-47 Cost.) e a quelli di formazione etico-sociale (artt. 32, 22 Cost.). Ma vi è un ulteriore aspetto interpretativo che ci può consentire un inedito collegamento tra l'art 9 Cost. ed i rapporti economici costituzionali, consentendone l'effettività del principio, partendo dalla considerazione della duplicità della tutela "beni artistico culturali e paesaggio" di cui al dettato dell'art. 9 Cost.

Per il paesaggio l'Italia ha precorso i tempi dalla legge del 1922 (che seguiva la legge Rosadi del 1912 per i beni artistici) alla legge 1497/39. Ciò premesso la rilettura dell'art. 44 Cost. da noi effettuata (sottraendola alla miope visione agraristica) può offrire la originale chiave di lettura della tutela costituzionale del paesaggio ed il collegamento tra principio generale e strumento operativo, poiché il "razionale sfruttamento del suolo" offre allo Stato il potere di

---

<sup>108</sup> Per un ampio approfondimento sul punto cfr. A. MIGNOZZI, *La prelazione quale strumento di fruizione generale dei beni alla collettività*, in *Obbl. Contr.* n. 2/2009, *passim*.

gestione del territorio (sia per la politica urbanistica che per il paesaggio), mentre gli “equi rapporti sociali” ivi richiamati garantiscono fruizione generale alla collettività di beni per natura comuni o sociali che come tali incidono sul benessere umano.

Dall’art. 9 Cost. in collegato con l’art. 44 Cost. discende la tutela dei parchi e delle riserve naturali, dei piani paesaggistici, di cui l’Italia detiene il meritorio primato.

A livello internazionale anche l'Unesco<sup>109</sup> dalla iniziale tutela del '52 del solo patrimonio artistico e naturale, ha esteso nel '94 la Lista dei beni culturali e naturali al “paesaggio culturale” che contiene in sé l'interazione virtuosa tra paesaggio e presenza umana (nella Lista per l'Italia, tra l'altro la Costiera amalfitana e la Valle di Norcia).

---

<sup>109</sup> Il concetto di riserva di biosfera è introdotto nel 1974 dal gruppo di lavoro del Programma MAB (*Man and Biosphere*) sull'uomo e la biosfera dell'UNESCO. Nel 1976 viene lanciata la “Rete Mondiale di riserve di biosfera” ritenuta la componente chiave per realizzare l'obiettivo del MAB: un equilibrio che duri nel tempo e che concerne la necessità, talvolta ostacolata, di conservare la diversità biologica, di promuovere lo sviluppo economico e di salvaguardare i valori culturali connessi. Nel 1996 la rete mondiale include 329 riserve in 82 paesi. Le riserve di biosfera sono delle aree dove questo obiettivo +è testato, affinato, applicato e divulgato: sono “aree portanti su degli ecosistemi o su combinazioni di ecosistemi terrestri e costiere/marine”, riconosciute a livello internazionale nell'ambito del MAB (Quadro statutario della Rete Mondiale delle Riserve di Biosfera). Fisicamente ciascuna riserva di biosfera comprende:

una o più aree centrali che beneficiano di protezione a lungo termine e che permettano di conservare la diversità biologica, di preservare gli ecosistemi meno perturbati, di condurre ricerche ed altre attività che concilino la tutela con la protezione dell'ambiente naturale;

una zona tampone, ben identificata, normalmente circostante o nei pressi delle aree centrali, utilizzata per attività compatibili con pratiche ecologicamente durature, compresa l'educazione all'ambiente naturale, l'ecoturismo e la ricerca applicata;

una zona di tutela dinamica che può comprendere un certo numero di attività agricole, l'istituzione di organizzazioni attraverso cui le comunità locali, gruppi scientifici, culturali, economici, lavorino insieme per gestire uno sviluppo sostenibile e durevole.

Le riserve di biosfera dal 1995 (Convenzione di Siviglia – Risoluzione 28 C/2.4 – Convenzione Generale dell' UNESCO) assumono un nuovo e più preciso ruolo, quello di permettere alle popolazioni che ivi vivono, o che vivono nelle loro periferie, di svilupparsi in equilibrio con l'ambiente naturale, contribuendo ai bisogni della società in generale, individuandone un avvenire più sicuro: questo approccio, precisato quale “sostenibilità ambientale” è al centro della visione futura per le riserve di biosfera del XXI secolo.

11. Vogliamo avviarcì alle conclusioni con una metafora. Buzzati, nel suo capolavoro, *Il deserto dei Tartari*, segue le vicende del tenente Drogo che trasferito ai confini estremi del territorio, alla inespugnabile fortezza Bastiani, spende la sua vita per trenta anni nella tormentata attesa, al di là dello sconfinato deserto, di un nemico invisibile che non vedrà mai, mentre intorno a lui la guarnigione si riduce a pochi soldati e la fortezza si disgrega perdendo solidità e funzione. La fortezza per noi è il diritto pubblico nato per difendere il cittadino-Drogo dal nemico invisibile, ma onnipresente nel sistema, quale argine al capitalismo selvaggio, argine dettato nella nostra Costituzione per bilanciare il diritto privato con la funzione sociale dello Stato.

Ebbene come Drogo anche il cittadino ha visto negli ultimi trenta anni disgregarsi progressivamente questo sistema che perde la funzione di inespugnabile fortezza. Difatti i tre elementi sistemici (proprietà pubblica, buona amministrazione, solidarietà politica) che ne componevano l'armonia vengono progressivamente meno. La corrosione parte dall'interno: alla burocrazia, alla buona amministrazione, ai fini sociali si sostituiscono il *manager*, l'economicità della gestione.

Persa la finalità sociale la politica si impadronisce della proprietà pubblica, la minimizza, la plasma con forme privatistiche ed alla fine, dopo averne minato la credibilità, ne giustifica la dismissione del vuoto involucro.

In questa prospettiva rischiano per primi di essere travolti i beni pubblici, pur garantiti dall'art. 43 Cost. nelle riserve di proprietà. Come nel deserto dei Tartari, la metaforica guarnigione è rappresentata dalla debole, incerta e contraddittoria dottrina, a volte consigliera o complice del principe, ovvero ridotta a poche unità inascoltate.

I beni sociali, quale ricostruita fonte unitaria di interessi a legittimazione sociale versus risultato e fini sociali, rappresentati da istituti e servizi, indispensabili a garantire la essenza democratica e

sociale dello Stato e (testualmente dettati dall'art. 41 Cost.), possono costituire, proprio per l'unitarietà ritrovata, un poderoso frangiflutto alla deriva privatistica, depotenziandone il profitto nelle alternative che la pretesa sociale viene a promuovere.

Ma vi è di più. Un'arma concreta offerta al cittadino-Drogo è aggregarsi in maniera spontanea e variabile dando consistenza alle formazioni sociali (art.2 Cost.), attraverso cui la Costituzione ha sostituito le statiche categorie sociali. In questa prospettiva la class action può costituire uno strumento ausiliario di legittimazione, rappresentativo sia della borghesia confinata nella nuova povertà che delle fasce sociali più deboli, ricostituendo per esse un' unità di azione che tuteli non solo il grado zero della democrazia, le libertà, ma garantisca livelli di vita liberi e dignitosi, vero *leit-motiv* costituzionale.

12. Alcuni autori<sup>110</sup> all'inizio della tempesta perfetta che andava sconvolgendo il mondo economico ne avevano preconizzato effetti modificativi dell'assetto sociale: "ci chiediamo se l'attuale crisi finanziaria che trae origine dalla crisi dei mutui *subprime* e dalla bolla immobiliare americana possa influenzare l'accesso degli emarginati all'acquisto dell'abitazione, ma non solo in quanto la perversità finanziaria può creare anche un "canone inverso", trascinando nell'esercito dei nuovi poveri la *middle class* che vede falcidiati i propri risparmi, diminuito il potere finanziario, addirittura posta a rischio di perdita l'acquisto dell'abitazione realizzata attraverso mutui a tasso variabile coinvolti nella cartolarizzazione delle obbligazioni *subprime*".

L'autore citato<sup>111</sup> insiste descrittivamente nella sua analisi economica, intitolando il paragrafo "Il legale impoverimento della *middle class*", trasferendo così in idioma l'efficace espressione di Yanus<sup>112</sup> "The Legal Empowerment of the Poor", l'accesso degli informali al mondo del diritto, utilizzando così l'assonanza fonetica

---

<sup>110</sup> Cfr. F. LUCARELLI - L. PAURA, *Diritto privato e diritto pubblico*, cit.

<sup>111</sup> L'autore F. Lucarelli.

per realizzare un *trompe l'œil*, inganno prospettico dell'immagine, travisando significati di per sé opposti empowerment – accesso, con impoverimento – retrocessione dello Stato sociale, sintetizzandoli in chiave espressionistica (per il lettore) di impoverimento della classe media.

L'autorevole quotidiano inglese, l'*Economist*, ritorna sull'argomento, affrontandolo nella dimensione globale:

“Con la tempesta perfetta che si è abbattuta sull'economia mondiale, stavolta, chi rischia di più non sono i diseredati del mondo, che non hanno nulla da perdere. Chi rischia di più, come ci avverte acutamente l'ultimo numero dell'*Economist*, sono gli oltre 2 miliardi di persone che, sui mercati emergenti, hanno creato un gigantesco e inedito blocco sociale: potremmo definirlo come il nuovo “ceto medio” globale. Un esercito di donne e di uomini che, dall'India alla Cina, dal Brasile alla Russia, ha propiziato con il suo

---

<sup>112</sup> Yunus vive, nel suo studio al quarto piano del grattacielo di proprietà di Grameen Bank a Dhaka: non lo disturba neanche il sospetto che sia un ingranaggio inconscio attraverso cui nei Paesi ricchi ci si autoassolve del dramma della povertà. Vista dai villaggi del Bangladesh, Grameen Bank sembra un'istituzione detestata e temuta. Quasi impossibile trovare qualcuno disposto a parlarne bene. Jamal Matubbar, 51 anni, consigliere comunale indipendente di Kalaparouri, un centro a 20 chilometri dal Golfo del Bengala, è drastico: «Quella banca sta creando enormi problemi alla nostra comunità, succhia il sangue alla gente come le formiche rosse».

Un ulteriore problema è il nuovo credito preso per sostenere il vecchio, specie quando i prestiti di Grameen vengono usati per comprare da mangiare e non per un'attività. È quanto accade spesso in villaggi colpiti da cicloni o inondazioni, a maggior ragione perché Grameen inizia a riscuotere le sue rate settimanali già una settimana dopo aver concesso il credito.

Il «deposito» è la voce più contestata dalle donne di Kalapara: non figura come interesse passivo, ma viene richiesto dalla banca e va su un conto di risparmio che, accusano Renu, Taposi e le altre, la filiale blocca per dieci anni. Ossia, fino a 9 anni dopo l'estinzione del debito. Grameen Bank non si impegna ex ante sul rendimento del deposito, ma chi riscatta i risparmi prima dei dieci anni non riceve interessi: solo il capitale, eroso dall'inflazione.



lavoro e beneficiato con il suo salario del più alto tasso di sviluppo dell'economia mondiale mai registrato da un secolo a questa parte. Una crescita media, e stabile, del 5% annuo. Con punte del 12% in alcune aree del pianeta. Sembra un sogno, oggi. Ma è esattamente quello che è accaduto dall'inizio degli anni '90 in poi. Ora che recessione e deflazione colpiscono senza pietà a tutte le latitudini, questa "nuova borghesia" non ricca ma relativamente benestante, che può impiegare almeno un terzo del suo reddito per spese voluttuarie dopo aver soddisfatto i suoi bisogni primari di alimentazione e di protezione, corre un pericolo mortale. Quello di regredire a una condizione sociale di semi-povertà, la stessa dalla quale si è sollevata faticosamente e orgogliosamente dal 1990 in poi. L'*Economist* ripescava proprio *Marx*, e ricorda che la "borghesia ha sempre giocato un ruolo fortemente rivoluzionario" nella storia. Di fronte al crollo del benessere economico e delle aspirazioni sociali, la middle class ha reagito in modi ogni volta differenti. Ha supportato i governi nazi-fascisti nell'Europa degli anni Trenta e le giunte militari nel Sudamerica degli anni Ottanta. Ha manifestato pacificamente per ottenere il diritto di voto nella Gran Bretagna del 19esimo secolo e ha ottenuto la democrazia nell'America Latina degli anni '90. In questo Terzo Millennio è difficile immaginare cosa potrebbe accadere, se 2 miliardi di persone, dopo aver conquistato il benessere in 15 lunghi anni, ricadessero in miseria in un anno solo".

13. Nel secolo XIX il codice napoleonico nel costruire la società moderna detta la prima dimensione del capitalismo codificandola nel porre al centro il diritto soggettivo, nelle sue espressioni operative, diritto di proprietà ed autonomia privata. Il codice del 1865 e lo statuto Albertino modellano il "capitale" sulla proprietà agraria e fondiaria con forme prevalenti di "proprietà visibile" che designano il grado sociale della borghesia.

Alla fine del secolo nasce l'industria ed il capitalismo azionario e manageriale, alternativo nel profitto alla rendita ma "complice" del capitalismo tradizionale. Le nuove categorie imprenditori ed operai, saranno regolati nei loro conflitti economici e sociali impositivamente dalla "Carta del lavoro" fascista nel 1925 che sottometterà le fasce deboli alle esigenze della produzione.

Il dopoguerra offre due segnali che si riveleranno contraddittori, l'uno rappresentato dal vincente neocapitalismo industriale, la grande industria che modella il volto di una società in trasformazione i cui profitti si ampliano dal mercato azionario a quello immobiliare in vertiginosa ascesa a detrimento dell'intero Sud di Italia indotto ad un trasferimento forzoso verso la "nuova periferia popolare delle città del Nord". Rispetto a questa rivoluzione economica, l'altro segnale, ma in senso opposto, la Carta costituzionale del '48 fondata sul lavoro, su strategie di uguaglianza, solidarietà e consenso sociale non incide perché la politica e la dottrina la rendono impalpabile.

Negli anni ottanta la deregolamentazione, la globalizzazione del mercato, il ritorno selvaggio al liberalismo aprono il capitale al mondo fantasmagorico della ingegneria finanziaria dove il virtuale integra e si sovrappone al reale, attraverso la finanza creativa: è il mondo illusorio dei *futures*, del profitto su scommessa, del credito agli incapienti, dei mutui *subprime*, della follia immobiliare (la città diffusa), laddove il manager diviene prestigiatore ed illusionista.

« Mi chiedo però se il venir meno del principio universalistico della protezione sociale non rischi di provocare una marcia indietro della storia. Non è certo indifferente per le sorti della società italiana e del nostro senso di comunità il modo in cui si affronta la tutela dei più deboli nella crisi. C'è addirittura il rischio che la nuova carità privata svuoti le esperienze più avanzate di integrazione e accoglienza messe in campo in questi anni dal volontariato<sup>113</sup>».

---

<sup>113</sup> GAD LERNER, *La Repubblica*, Roma 6 aprile 2009

Saranno proprio i disequilibri finanziari e delle banche ad aprire al quinto modello di capitalismo che stiamo vivendo, che è difficile definire in un unico sillogismo, in quanto si fondono in esso i settori industriali e capitalistici più sani, si afferma un ritorno finora ripudiato del ruolo dello Stato, entra in gioco un inedito connubio tra Stato e capitale in cui la politica assume un determinante ruolo dirigistico nell'economia reale, entrano in crisi le formazioni sociali riproducendo categorie nelle quali confluiscono i nuovi poveri e quelle *border-line*.

Quando questo mondo di cartapesta crollerà ripiegandosi su se stesso, quando la crisi sembra travolgere gli stessi presupposti fondanti dell'analisi economica, ecco che il capitalismo ricerca una dimensione nuova, ancora più capziosa e penetrante che ne aumenta il potere, pur accettandone compartecipazioni e suddivisioni di compiti. La nuova alleanza è tra politica (di destra) e mondo capitalista, in cui la politica non è più referente del mondo economico, ma protagonista, dettando le sue regole attraverso le presenze innovative dello Stato, delle banche, dell'industria, della finanza tessendo una ragnatela sottile che condiziona la società reale. La strategia si completa nella manipolazione dell'informazione che narcotizza il dissenso sociale, facendo accettare agli emarginati la "fine" del *Welfare State* e la rinascita della "solidarietà caritativa", strumento ulteriore di controllo e manipolazione. È una nuova dimensione del neocapitalismo che spiazza sia la vecchia concezione liberale che rifiutava lo Stato, sia la sua antitesi, la democrazia sociale, accentuando, nel rimodellare il potere economico, il ruolo dello Stato.

Quella solidarietà espressa in giudizi di valore di compartecipazione all'altrui bisogno fondata su sostenibilità economica e compatibilità giuridica viene meno. Si assiste così ad un ritorno non più succedaneo ma dominante della solidarietà etica fondata sul volontario beneficio. Sorgono così e si sviluppano onlus, banche (banca etica sul modello di *Yanus*) in cui le garanzie dei poveri sono affidate a scelte che rischiano sempre più nel tempo di divenire

discrezionali, in quanto frutto di scelte a carattere etico e religioso. Da ultimo la “Banca dei Poveri” promossa dal Cardinale di Napoli, Crescenzo Sepe che il presidente dell’Unione Industriali di Napoli, Giovanni Lettieri, insieme al Comitato di Presidenza, è pronto a sostenere, ispirata alla struttura del microcredito del bengalese *Yanus*. Si legge nella lettera pastorale:

«Non è certamente compito della Chiesa indicare soluzioni tecniche per quanto concerne l’organizzazione del lavoro e dell’occupazione: non è questa la sua ambizione e neppure la sua missione. Tuttavia, “spetta alle comunità cristiane analizzare obiettivamente la situazione del loro paese, chiarirla alla luce delle parole immutabili dell’evangelo, attingere principi di riflessione, criteri di giudizio e direttive di azione nell’insegnamento sociale della Chiesa<sup>114</sup>... *omissis* ... Cari fratelli e sorelle, sul far della sera, mentre ci accingiamo a salire il Calvario, la Chiesa di Napoli ha un sogno nel cuore che lascia intravedere la luce oltre la croce: sogna uno slancio unanime di grande generosità per creare qui, in questa nostra terra, dove l’usura illegale e quella legalizzata hanno trovato da sempre terreno fertile nella piaga della disoccupazione, una Banca dei poveri che, attraverso il sistema del microcredito, già sperimentato altre parti del mondo, aiuti gli ultimi e i giovani più disagiati a guardare al futuro con un’altra speranza, con una

---

<sup>114</sup> Spetta alle comunità cristiane individuare, con l’assistenza dello Spirito Santo - in comunione coi vescovi responsabili, e in dialogo con gli altri fratelli cristiani e con tutti gli uomini di buona volontà -, le scelte e gli impegni che conviene prendere per operare le trasformazioni sociali, politiche ed economiche che si palesano urgenti e necessarie in molti casi”. “ogni essere umano ha il diritto all’esistenza, all’integrità fisica, ai mezzi indispensabili e sufficienti per un dignitoso tenore di vita, specialmente per quanto riguarda l’alimentazione, il vestiario, l’abitazione, il riposo, le cure mediche, i servizi sociali necessari; ed ha quindi il diritto alla sicurezza in caso di malattia, di invalidità, di vedovanza, di vecchiaia, di disoccupazione, e in ogni altro caso di perdita dei mezzi di sussistenza per circostanze indipendenti dalla sua volontà”...

possibilità concreta di realizzare le proprie aspirazioni e i propri progetti. È un sogno, ma non è un'utopia».

Il ritorno antistorico ad un'etica moralista non riguarda solo l'economia ma, come visto, influenza in modo preponderante (talora irragionevole) la legislazione speciale su temi in cui la società richiederebbe un risposta costituzionalmente orientata.

Il venir meno della solidarietà – e questo davvero- può infliggere un colpo mortale alla Costituzione, minandone la credibilità.

14. E' successo di tutto sul decreto terremoto. Si è scoperto, infatti, che nel provvedimento emanato dal Consiglio dei Ministri non era previsto il diritto soggettivo al risarcimento per coloro che avevano avuto la casa distrutta irreparabilmente o danneggiata. Si parlava di un contributo di 150mila euro per chi avesse perso la casa e di 80mila per l'abitazione danneggiata. Di fatto, però, il decreto non conteneva queste cifre citate soltanto nella relazione tecnica, mentre le modalità di erogazione venivano rinviate ad una futura ordinanza del Governo. Tutto ciò in aperta violazione dell'art. 81 Cost. che impone l'obbligo della copertura finanziaria dei provvedimenti legislativi. Restava, quindi, la *virtualità* di una norma che non garantiva la certezza del risarcimento per chi ha perso la casa (come del resto è avvenuto in Umbria).

In questo clima è arrivato un emendamento del Governo: al contestato art. 3 infatti è stato aggiunto (??) che il contributo deve essere tale da «coprire integralmente le spese occorrenti per la riparazione, la ricostruzione o l'acquisto di un alloggio equivalente». Da segnalare anche che altro emendamento fissa a 150 mila euro il tetto massimo dell'intervento dello Stato al momento di prendersi a carico i mutui di chi abbia avuto la casa distrutta.

Data per acquisita (??) la buona fede del Governo, che parla peraltro di spostamenti di poste di bilancio e non di nuovi fondi, resta irrisolto l'equivoco riferimento ad un alloggio *equivalente* da parte del terremotato che non intendesse utilizzare il contributo per

recuperare il proprio alloggio. Partiamo dalla natura giuridica (*l'an*). Si tratta di un diritto soggettivo o di una mera pretesa (o aspettativa), condizionata alla verifica di compatibilità, meritevolezza e razionalità della dislocazione? E se tutti richiedessero di allontanarsi dal luogo del sisma, scomparirebbe l'Aquila? Inoltre, l'equivalenza (il *quantum*) è un termine giuridico "creativo": riguarda soltanto l'estensione dei metri quadrati od anche gli spazi esterni, terrazzo, giardino, orto; l'esposizione, la visione paesaggistica? L'equivalenza è limitata al rapporto del costo dell'alloggio alternativo con quello dell'alloggio terremotato? Certo che la "pretesa" non può dar luogo ad un ingiustificato arricchimento.

Anche l'accollo del mutuo a carico dello Stato lascia interdetti per le modalità previste. Anzitutto, il tetto di 150.000 euro per mutui ventennali riguarda all'incirca una somma iniziale erogata di non più di 70.000 euro, cifra notoriamente ben al di sotto del finanziamento necessario per l'acquisto di un appartamento medio.

Inoltre la coincidenza dell'accollo con la somma prevista per il contributo, fa sorgere il dubbio che l'accollo abbia funzione sostitutiva del contributo pubblico, per cui il terremotato sarebbe esentato dal mutuo ma diverrebbe, automaticamente, un "senzatetto".

Infine, non è chiaro, anche se sembra implicito, che, nel caso dell'opzione per una abitazione "equivalente" il manufatto o l'area terremotata diventi automaticamente di proprietà pubblica.

Sulla soluzione finale (o temporanea, si parla infatti di alloggi per studenti universitari) sembra evidente che il Governo sia affascinato dalla soluzione urbanistica (o dal linguaggio anglosassone?) delle *new towns*: 15 nuclei per 70mila abitanti da costruire in aree dislocate in luoghi differenti, scelte in zone antisismiche, derogandone la destinazione paesaggistica o di aree a verde. Di muratura o in legno le strutture edilizie.

Intanto il centro storico è abbandonato, addirittura "militarizzato" dalla Protezione civile che non ne consente l'accesso.

Per prevedere alternative alle tendopoli, il Consiglio Comunale dell'Aquila il 12 maggio u.s. ha autorizzato "chiunque abbia un cortiletto, un piazzale, un bordo strada libero" a realizzare, a proprie spese, un *box* o una dimora in legno, oppure un *container* o una baracca. Il manufatto temporaneo non deve essere alto più di sei metri e più grande di 95 mq, casa o negozio che sia". Si creerebbe così una baraccopoli per intersezione all'interno dello storico abitato.

In conclusione, il decreto Abruzzo rappresenta una sconcertante testimonianza di approssimazione legislativa, di profili di incostituzionalità, di finanza creativa e virtuale, disprezzo per la tutela del centro storico e del territorio. Una occasione perduta, a fronte della tragedia, di attuare i principi fondamentali di tutela della persona; un'occasione falsata di mancata solidarietà e sussidiarietà costituzionale nel recupero abitativo di un centro storico prestigioso: tutto oscurato da spot elettorali, da alchimie finanziarie, da manipolazione dei media.

Del tutto differenti le soluzioni adottate dalla l. 219 del 1981. Allora il Parlamento per fronteggiare gli effetti del terremoto in Campania e sotto l'incalzare del terrorismo, assunse all'unanimità un provvedimento atipico, inteso a realizzare, comunque, in tutta la sua portata costituzionale il diritto soggettivo all'abitazione (art. 47 Cost.). Difatti la destinazione dei 20.000 nuovi alloggi (gestiti dal Commissario, Sindaco ovvero Presidente della Regione), oltre a soddisfare le esigenze dei terremotati si ampliava a vaste categorie di incapienti, dagli sfrattati ai senza tetto, agli occupanti abusivi o di abitazioni improprie (bassi ecc.). Si trattava di una eccezionale "legge per obiettivo", il cui fabbisogno finanziario era coperto dallo Stato in consuntivo, comprendendo anche le spese per infrastrutture primarie e secondarie.

### **PARTE III**

LE AZIONI SERIALI E I FONDAMENTI COSTITUZIONALI. L'AZIONE PER LA  
TUTELA DEI BENI PUBBLICI E SOCIALI



## CAPITOLO PRIMO

### LE AZIONI COLLETTIVE NELLA DOTTRINA DEGLI INTERESSI. PROFILI PRIVATISTICI.

1. Le *class actions* e la solidarietà. L'art. 2 Cost.: le "formazioni sociali" - 2. La ratio della *class action* tra solidarietà e sussidiarietà - 3. La *class action* e la funzione sociale del diritto - 4. Le azioni collettive nella dottrina degli interessi. La disciplina introdotta con la Finanziaria 2008: profili processuali - 5. La *class action* quale ipotesi di un nuovo bilanciamento tra solidarietà e sussidiarietà - 6. La dimensione tecnica del rapporto tra solidarietà e sussidiarietà quale criterio di collegamento della pluralità di situazioni soggettive in un'unica dimensione funzionale - 7. Dalla concezione etica del principio di solidarietà alla dimensione teleologica del rapporto solidarietà e sussidiarietà - 8. La natura giuridica del bilanciamento tra solidarietà e sussidiarietà nella prospettiva costituzionale - 9. I profili pubblicistici dell'azione. La *class action* e i beni sociali - 10. Il principio di ragionevolezza/razionalità nei rapporti economici costituzionali - 11. La quiescenza dei diritti individuali nelle vicende processuali plurime - 12. La *class action* quale espressione della funzione fisiologica della solidarietà - 13. La solidarietà e l'azione seriale a difesa di diritti soggettivi. L'improcedibilità individuale e il danno collettivamente risarcibile - 14. Gli interessi soggettivamente plurimi e le formazioni sociali nella dimensione globale dell'economia. Il bilanciamento tra tutela del consumatore e difesa dell'impresa - 15. Interessi diffusi, interessi collettivi, interessi seriali: la lettura ermeneutica delle Sezioni Unite ed il "monito" al legislatore - 16. Il principio di solidarietà tra codice e Costituzione. L'azione collettiva risarcitoria e le formazioni sociali - 17. Dalle categorie alle formazioni sociali quali strumenti di effettività della tutela sociale - 18. L'azione seriale quale antidoto alla "solitudine" del singolo. Critica alla tesi della frantumazione sociale - 19. Cenni metodologici sulle *class actions* americane - 20. Il referente normativo della *Federal Rule of Civil Procedure 23* - 21. La novella legislativa del 2005: il *Class Action Fairness Act (CAFA)* - 22. La teleologia delle *class actions* - 23. L'azione collettiva introdotta in Italia dalla Finanziaria 2008: l'originaria previsione dei soggetti legittimati e l'esclusione del singolo - 24. La limitazione dell'ambito oggettivo di applicazione antecedente all'emendamento approvato dalla Commissione Industria del Senato - 25. La procedura dell'art. 140 bis del Codice del Consumo prima delle recenti riforme e

la marcata distinzione con le *class actions* - 26. La reazione della Confindustria all'indomani della Finanziaria 2008 - 27. Il commento della dottrina civilistica: le iniziali riserve di Guido Alpa: un "mostro giuridico"? - 28. L'Avvocatura dello Stato e la *class action* all'indomani dell'approvazione della Finanziaria 2008 - 29. Le metamorfosi: dall'azione collettiva risarcitoria alla *class action*. L'evoluzione della normativa alla luce dell'emendamento approvato dalla Commissione Industria del Senato - 30. I nuovi aspetti processuali. Il c.d. giudice dell'economia - 31. La non manifestamente infondata questione di incostituzionalità del giudice dell'economia e l'inattendibilità del diritto dell'economia - 32. Lo *stop and go* del Presidente della Repubblica. - 33. Un inaspettato rinvio - 34. Sguardo incrociato con il progetto francese. Analogie nelle critiche dell'imprenditoria locale

1. L'analisi delle *class actions* ci riporta ancora una volta (nella prospettiva del nostro studio) all'affascinante attualizzazione di una Costituzione che rivela sempre più la sua adattabilità alla moderna evoluzione del panorama giuridico. Per le *class actions* l'esigenza nasce dalle profonde modificazioni che l'economia di mercato ha determinato nelle nostre azioni quotidiane, cioè nel mondo della microeconomia, a fronte della provocazione al consumo, l'informazione, le nuove tecnologie di accesso ai beni; ed ancor maggiormente attraverso una accentuata spersonalizzazione di numerose attività negoziali che perdono il carattere individuale, divengono ripetitive, riguardano una pluralità sempre più vasta di soggetti, acquistando i caratteri della serialità.

Se ciò facilita le scelte individuali – si pensi alle offerte di mercato normalmente precostituite – rende difficile l'esperibilità di azioni individuali di difesa in situazioni di patologia, sia perché il soggetto in solitudine si troverebbe sovente debole di fronte a giganti di mercato, sia perché l'indiscriminato esercizio di azioni individuali ingolferebbe il meccanismo processuale.

La soluzione dei problemi posti non trova che deboli agganci nella codificazione, dove l'individualità delle scelte e dell'esercizio giudiziario delle azioni connota in maniera assorbente il diritto soggettivo; né d'altronde sponde risolutive si possono trovare nella

teoria degli interessi diffusi perché pur sempre riferibili a situazioni soggettive.

A questo punto, ancora una volta ci soccorre la Carta costituzionale, dalla cui attenta lettura possiamo trovare soluzioni su cui fondare una legge specifica di regolamento delle *class actions*. L'art. 2 Cost. parla esplicitamente di solidarietà e ne riferisce il principio alle formazioni sociali, termine a prima vista indefinito, ma che concreta la volontà del costituente del superamento sia della visione corporativa del fascismo che di categorie sociali rigidamente precostituite. Nelle formazioni sociali si attua un coagulo anche occasionale o temporaneo di interessi che genera naturale solidarietà tra i partecipanti, vincolandoli a risultati ad un tempo di interesse comune ed equità sociale. Il ruolo di sussidiarietà dello Stato, indispensabile per definire la ratio processuale delle *class actions* lo rinveniamo nell'art. 41 Cost., altra norma molto trascurata e letta in chiave meramente privatistica, che disciplina attraverso programmi e controlli l'iniziativa economica sia pubblica che privata, offrendo così alle formazioni sociali un significativo strumento di tutela.

Che i programmi e i controlli si riferiscono anche all'iniziativa pubblica darà spunto a una nostra ulteriore argomentazione, cioè l'esercizio della *class action* a tutela dei beni sociali (art. 41 Cost.) e beni comuni (art. 43 Cost.).

Elemento unificante da noi assunto è la riferibilità di entrambi i settori all'area del danno e del relativo accertamento della responsabilità.

Se durante l'esercizio dell'azione collettiva l'individualità delle situazioni giuridica viene avvolta da una fase di quiescenza in cui la coesione solidale è massima, è nel momento soddisfacente che la singolarità degli interessi riemerge con la modulazione dei criteri risarcitori alle peculiarità delle singole vicende.

Tuttavia, mentre per l'ipotesi fisiologica di applicazione dell'istituto nel settore consumeristico la logica della responsabilità segue i normali e tradizionali principi di accertamento (danno

patrimoniale/danno non patrimoniale), per il settore pubblico è opportuno rilevare che la delimitazione del danno assume contorni incrociati, non potendo esaurirsi ad aspetti unicamente patrimoniali e colorandosi invece di quei principi etico-sociali costituzionalizzati che ontologicamente connotano l'oggetto stesso della tutela. Ci riferiamo alle problematiche sollevate in tema di beni comuni e sociali circa la loro riferibilità agli artt. 43 e 41 Cost. in cui solidarietà e sussidiarietà agiscono in un bilanciamento del tutto singolare (si rinvia *infra*).

2. La *ratio* dell'introduzione della *class action* nel nostro sistema legislativo va individuata nell'esigenza pressante, avvertita a livello comunitario e nazionale, di dare regole, principi e valori al mercato dei consumi, all'accesso al credito, al mondo virtuale della finanza, alla persuasiva creatività dei media, offrendo strumenti innovativi di tutela anche ai soggetti che, isolati, rischierebbero di soccombere alle leggi del libero mercato. Difatti le nuove forme di accesso ai beni ed alle informazioni, le tecnologie informatiche di formazione e conclusione on line dei rapporti modificano profondamente la formazione del consenso e vanificano consolidate tecniche contrattualistiche, soprattutto per quanto riguarda la patologia negoziale. È il mondo del diritto dell'economia ad innestarsi prepotentemente nel tessuto codicistico stravolgendone cautele, contenuti e azioni. Alla figura del diritto soggettivo e del suo titolare, autonomo e responsabile protagonista delle sue scelte nella gestione dei propri interessi, si sovrappone la figura anodina del consumatore, laddove il soggetto perde individualità (nelle sue capacità creative ed interpretative), si spersonalizzano i suoi interessi a fronte del mercato e di invisibili interlocutori; viene sovente indotto a scelte non meditate, da sollecitazioni di "provocazione al consumo".

Vi sono, inoltre, i "nuovi diritti" che completano la personalità individuale, l'ambiente, il paesaggio, l'accesso alla formazione ed

alla informazione, i beni culturali. Tutti diritti personali la cui azionabilità individuale è preclusa o comunque di complessa attuazione trattandosi di interessi plurimi il cui isolato esercizio è già condizionato da filtri (le associazioni, etc.) o comunque da obiettive difficoltà.

L'azione collettiva risarcitoria a fronte di queste difficoltà introduce quale elemento fondante la solidarietà, aggregazione di situazioni seriali<sup>115</sup>, e la sussidiarietà, l'intervento pubblico; ne costituisce oggetto la formazione sociale (art. 2 Cost.) che coagula occasionalmente e temporaneamente azioni seriali, al di fuori della connotazione statica delle categorie sociali.

In queste situazioni anche se il soggetto suscettibile di tutela non sia il consumatore in senso tecnico, la difesa dei diritti esige forme di aggregazione (class) che evitino l'isolamento.

L'azione collettiva risarcitoria a nostro avviso può esser anche esercitata contro la P.A. quando una pluralità di soggetti intenda difendere e garantirsi la fruizione generale dei beni sociali (istituti e servizi) e di beni pubblici riservati (artt. 41-43 Cost.), da dismissioni o non corretto esercizio amministrativo (art. 97 Cost.).

La class action, o meglio azione collettiva risarcitoria, così come articolata dal nostro legislatore (salvo ulteriori ravvedimenti o modifiche) è un istituto di natura processuale a formazione progressiva. L'origina la pulsione individuale del soggetto, genericamente definito consumatore, che ritiene di aver subito nell'esercizio della pratica commerciale o nella fruizione di beni sociali e pubblici un danno ingiusto di carattere patrimoniale ed anche non patrimoniale.

L'azione aggregante comprende anche azioni inibitorie a difesa del patrimonio naturalistico ed artistico-ambientale.

A questo punto le scelte si biforcano tra l'esercizio individuale dell'azione risarcitoria, di cui vi è consapevolezza delle difficoltà

---

<sup>115</sup> Cfr. G. PONZANELLI, *Alcuni profili del risarcimento del danno nel contenzioso di massa*, in Riv. dir. Civ., 2006, II, p. 327 ss; G. ALPA, *In tema di azioni collettive*, in Rass. Forense, 2006, p. 1845 ss.; P.F. GIUGGIOLI, *Class action e azione di gruppo*, Padova 2006, *passim*.

economiche e temporali; ovvero il ravvisare nel concorso con una pluralità di soggetti, vittime seriali della stessa causale del danno, la possibilità di aggregarsi, costituirà una “formazione sociale”, dando luogo alla “class”. Si viene così a costituire tra i soggetti una “comune intenzione” fenomeno solidaristico non ravvisabile nella codificazione, ma nella “solidarietà...economica” dettata dall’art. 2 Cost., e rafforzata dal filtro delle associazioni. A tale momento entra in quiescenza il diritto individuale sostituito dal coacervo degli interessi della classe, con effetto preclusivo individuale anche nei confronti di altri terzi danneggiati. Al momento solidaristico si affianca a carattere sussidiario l’azione giudiziale dal cui esito positivo (la sentenza definitiva) si avrà la reviviscenza del diritto individuale, il venir meno del vincolo solidaristico e l’esercizio della parziarietà del risarcimento.

Carattere analogo l’azione<sup>116</sup> nei confronti della P.A. con la particolarità del contenuto “sociale” della solidarietà (art. 2 Cost.) e dell’esercizio preventivo nel caso di procedure intese alla dismissione della “riserva” o di istituti e servizi sociali.

3. L’ampliamento delle fattispecie normative dettate dal c.d. diritto dell’economia (termine che utilizziamo con molta cautela), impone l’abbandono del ricorso a categorie la cui rigida schematizzazione appare ormai inadeguata logisticamente alle domande poste dal mondo reale e la ricerca di un criterio d’indagine, che risulti idoneo a conservare quanto più possibile una *ratio* che almeno conferisca le certezze fondanti allo Stato di diritto.<sup>117</sup>

---

<sup>116</sup> Sull’art. 24 Cost., cfr. P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli 2001, p. 129 ss.

<sup>117</sup> A tal proposito suonano eternamente attuali le parole di S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964, p. 61: “ne consegue il bisogno di mantenere le costruzioni scientifiche in forma aperta proprio per evitare quegli irrigidimenti, che in passato consentirono l’ingiustificata preminenza o di vecchie concezioni o l’indiscriminato prevalere del formalismo”.

A tal punto potremmo essere indotti a far ricorso, in veste quasi taumaturgica, ad una funzione sociale del diritto che spieghi le situazioni soggettive sostanziali che si pongono alla nostra attenzione nell'avvicinarsi all'analisi di uno strumento processuale quale la *class action*, in ragione di una progressiva traslazione dalla concezione volontaristica del diritto, il cui fulcro era il singolo e i suoi poteri, ad un criterio interindividuale che conferisca all'autonomia privata la veste di potere-funzione.

Un' impostazione siffatta dell'analisi conduce ad un primo *step* di ricerca di un nesso logico intercorrente tra il meccanismo di programmazione normativa e l'ampliamento del controllo sulla sfera delle situazioni soggettive individuali; si costituisce così un quadro di riferimento per le situazioni giuridicamente rilevanti, denotante le trasformazioni che il diritto privato ha subito dalle modificazioni dell'ambiente economico e dal dato empirico dell'affermazione di un'attività economica privata trascendente ormai i confini dei rapporti tra individuo ed individuo e sempre più penetrante nel vivo del corpo sociale<sup>118</sup>.

La globalizzazione aveva reso l'analisi economica sempre più refrattaria a valutazioni che vedessero come elemento determinante il bilanciamento sociale delle situazioni soggettive, privilegiando dati assunti da teorie finanziarie sempre più legate a calcoli a volte soltanto algebrici.

La crisi economica a tale proposito rende necessario un ritorno a studi di politica economica che in Stati di diritto quale il nostro fondati sulla coesione sociale non possono esimersi da un ritorno costituzionalmente corretto ai fondamenti della democrazia sociale.

Determinante l'attenzione all'autonomia privata, che nell'esercizio delle sue funzioni dispositive ontologicamente connesse alla tutela giurisdizionale, ancorché conferire precise finalità all'attività individuale dia luogo coevamente a fattispecie

---

<sup>118</sup> In linea con tale concezione evolutiva del diritto privato cfr. M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1961, p. 391; nonché L. MONACCANI, *Azione e legittimazione*, Milano 1951, p.74.

all'interno delle quali leggere fenomeni di coesione e collegamento tra situazioni giuridiche da studiare alla luce di questa forza centrifuga che rende i confini dell'attività individuale sempre più labili, incerti ed esposti all'interferenza di altri interessi.

Queste considerazioni sembrano suggerire uno studio delle nuove situazioni soggettive soprattutto quelle interindividuali e diffuse che si pongono all'attenzione del legislatore che venga ad inserirsi nel più ampio quadro della fenomenologia degli interessi privati.

A tal fine soccorrono i rilievi precedentemente delineati, in ordine alla incongruenza e limitatezza intrinseca di soluzioni dommatiche che cristallizzano l'indagine alla natura individuale della situazione soggettiva, dando luogo ad angoli visuali meramente descrittivi e formali. In ciò a noi sembra ravvisabile un grave errore di impostazione, poiché non è soltanto importante delimitare la struttura della singola fattispecie soggettiva, quanto qualificarne la sua reale funzione in vista della teleologica realizzazione di un interesse. È la strategia degli interessi a diventare determinante sia nelle situazioni singole che plurime.

Si intende dire che occorre trasferirsi nella dimensione assiologia delle situazioni soggettive : ciascuna, infatti, sia pur oggettivamente valutabile di per sé, è un'entità che assume precisi contorni e attitudini giuridiche soltanto in funzione di un centro di interessi all'interno del quale l'entità stessa si vivifica diventando valore soddisfattivo di una esigenza, che potrebbe non corrispondere ad un unico titolare.

È necessario, in definitiva ricostruire il rapporto giuridico in cui l'interesse (*rectius* gli interessi) trovi la sua funzione (*rectius* funzioni).

4. Trasposto lo studio sul piano assiologico delle relazioni intersoggettive, l'indagine assume contorni di maggior respiro,



contestualizzando la problematica della *class action* nella dottrina degli interessi<sup>119</sup>.

Questa impostazione, preannunciando talune finalità dommatiche della ricerca, ci consentirà di valutare gli interventi legislativi precedentemente analizzati<sup>120</sup> sull'introduzione dello strumento processuale in esame in funzione di una organica programmazione intrasoggettiva di interessi che imponga un preciso modello di intervento, laddove il conferimento individuale del diritto o del potere o dell'azione, pur in sé suscettibile di gestione economica, costituisca il perno ineludibile di altre vicende giuridiche intorno ad esso ruotanti. Si tratta di una fattispecie cautelare, in cui particolari situazioni di fatto o di diritto impegnino un soggetto a porre la propria attività, rappresentativa nel caso che a noi interessa, ma spesso anche negoziale, anche al servizio di una pluralità di interessi<sup>121</sup> di cui è portatore in misura parcellizzata.

Bisogna prodromicamente osservare che una situazione soggettiva rilevante per l'ordinamento, può soddisfare una vasta gamma di interessi individuali e la sua concreta azionabilità può costituire fonte di utilizzazioni giuridicamente terziarie, qualora la dimensione assiologia risulti simultaneamente oggetto di rappresentazioni riferibili a soggetti diversi e a diversi contenuti di rapporti<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> Cfr. C. CONSOLO, *Fra nuovi riti e riscoperta delle class actions, alla ricerca di una "giusta" efficienza*, in *Corr. Giur.*, 2004, p. 568 ss.

<sup>120</sup> Cfr. F. LUCARELLI – L. PAURA, *Diritto privato e diritto pubblico tra solidarietà e sussidiarietà. Il vento non sa leggere*, cit., Cap. IV.

<sup>121</sup> Intendiamo, infatti, su tali basi sistematiche proporre i criteri di classificazione rispettivamente delle class actions de iure condendo (risarcitorie) e delle class actions de iure condito (inibitorie), rilevando nell'un caso l'esigenza indefettibile di un collegamento soggettivo, in funzione di tutela di interessi altrui, nell'altra ipotesi soltanto esigenze relative al cautelare accertamento e garanzia a che non venga lesa la costanza dei valori sottesa alle posizioni soggettive esistenti.

<sup>122</sup> L. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino 1958, I, p. 212: "La diversa nozione dell'oggetto e del contenuto del rapporto giuridico rende palese che "l'oggetto" può essere identico per diversi rapporti, il "contenuto" è necessariamente diverso".

Ora, se è vero che in casi siffatti, l'utilizzazione plurisenso di un bene o di un diritto azionabile può avere un suo preciso spazio giuridico e non dar luogo necessariamente a fenomeni di interferenza, in quanto le situazioni rilevanti risultano essere ciascuna connotata da una autonoma fisionomia funzionale, è al tempo stesso vero che ben può riscontrarsi una situazione più complessa, ed è questo il profilo innovativo che si intende sottolineare nel fenomeno delle class actions, in cui la situazione soggettiva esprime in sé, direttamente o mediatamente, altri interessi, che intrecciano costantemente i poteri del titolare del diritto, anche se ciò possa avvenire temporaneamente durante l'iter processuale.

L'antecedente logico di tale osservazione risiede nella circostanza che l'interesse inteso come relazione di utilità tra i soggetti e i beni, anche se autonomamente caratterizzato, non possa sempre venire isolato nel contesto delle molteplici relazioni interindividuali.

Lo strumento giuridico-processuale di natura collettiva esprime proprio un rapporto di interessi, facenti capo al soggetto agente, il cui fascio di utilizzazione interferisce e concorre con la presenza di altri interessi provenienti da diversi centri di potere, sia individuali ( o di gruppo ), sia collettivi. Questo fenomeno trova una sua origine cognitiva, anche se non esclusiva, nella nascita di nuove figure afferenti il diritto dell'economia, ma le quali rilevano situazioni sensibili che pur riguardanti il soggetto non possono esaurirsi nella nozione di diritto soggettivo: la tutela del consumatore, l'ambiente, l'accesso all'informazione,...; elementi che oramai su scala europea sono sovraordinati agli ordinamenti giuridici dei vari Paesi.

In tale prospettiva si vuol qui affermare che l'esercizio individuale del diritto non si sottrae ad una verifica normativa intesa ad accertare un comune denominatore di funzionalità sociale a cui deve adeguarsi il potere del singolo nel suo esercizio e che ne

---

costituisca presupposto del riconoscimento ( art. 42 Cost. ) e della tutela (art. 41 Cost. ).<sup>123</sup>

Va dunque preliminarmente rilevata la funzione correttiva del potere individuale che scaturisce dai principi generali del nostro ordinamento e dalla stessa disciplina negoziale (si pensi alla ratio sottesa alle norme dirigenti il comportamento attraverso prescrizioni di condotta reciproca), che pongono il singolo di fronte alla molteplicità soggettiva che lo circonda, cui deve ispirarsi l'esercizio dei poteri che l'ordinamento riconosce.

Gli stessi principi devono orientare gli interventi legislativi atti ad introdurre strumenti garanti di una molteplicità di interessi teleologicamente collegati.

Una volta ammesso, infatti, il fenomeno dell'interferenza nello spazio giuridico di distinte situazioni di diritto e sentita la necessità di una sua regolamentazione normativa, bisogna approfondire le modalità di coincidenza o coesistenza di interessi diversi, in un'unica dimensione funzionale.

Tale quaestio postula rilevanti implicazioni dommatiche, in quanto fonte di una problematica di coesistenza di poteri e funzioni riferibili a soggetti diversi in un'ottica del tutto nuova rispetto alla nostra tradizione ordinamentale, ponendo le basi per un intervento legislativo regolatore del contatto tra sfere molteplici d'interessi, finanche nel caso di contatto meramente occasionale.

Si vuol leggere in tal modo l'istituto processuale in esame quale superamento del legame personale impresso alla vicenda giuridica, aprendone così gli sviluppi esterni in funzione della costante

---

<sup>123</sup> U. NATOLI osserva che il particolare significato del disposto costituzionale non si può comprendere “ se non si tiene presente che è appunto con la stesa Costituzione che, nell'ordinamento giuridico italiano, per la prima volta, l'istanza sociale assume una posizione autonoma e di primo piano, ponendosi accanto, ma non confondendosi, né con gli interessi meramente individuali né con quelli più propriamente pubblici in quanto riferibili allo Stato ed agli altri soggetti pubblici” (*La proprietà*, Milano 1963, p.53ss.); inoltre rilevante è il contributo di S. RODOTÀ, in *Il problema della responsabilità civile*, cit, p.122, in ordine all'immediata applicabilità delle norme costituzionali alla materia privatistica.

riferibilità del diritto ad interessi diversi da quelli del soggetto proponente l'azione.

La scissione, totale o parziale tra la titolarità del potere di azione e la concreta fruizione dei suoi effetti, rende possibile l'introduzione nella vicenda di interessi molteplici o di gruppo che si sovrappongono o affiancano all'interesse dell'originario agente, anche se temporaneamente o casualmente.

Quanto ora segnalato, rinviando al prosieguo della trattazione gli approfondimenti del caso, conferma l'esigenza di un'indagine in grado di fornire un substrato sostanziale al fenomeno dell'unicità dell'azione processuale, vista in relazione ad una possibile pluralità di situazioni giuridiche in essa convergenti.

Il predicato plurale che connota gli interessi tutti riconducibili alla medesima entità di valore realizza una fattispecie soggettivamente complessa dove è fortemente condizionata la destinazione soggettiva del potere giurisdizionale di azione e lo stesso impianto funzionale del medesimo.

In tutte le fattispecie sussumibili sotto l'unica ala dell'azione collettiva il punto di scissione del collegamento dei diversi interessi viene individuato dal legislatore nella Finanziaria del 2008, nel conferimento ad un unico soggetto del potere di agire, che producendo il distacco delle situazioni soggettive dalla titolarità dell'azione, altera il rapporto di coesione tra sfere individuali, restituendolo nel momento degli effetti dell'azione, dove la potenziale interferenza rivela nuovamente l'equilibrio altruistico della funzione. È la prima volta che utilizziamo tale qualificazione che si rivela preziosa nello studio delle posizioni soggettive sia nel codice che, successivamente nella Costituzione (art.2).

In altri termini l'ordinamento, ravvisata una pluralità di situazioni giuridiche intersecatesi l'un l'altra in un'unica vicenda funzionale, difende la molteplicità degli interessi da scelte individuali, tutelando l'alterità del giudizio giuridico, così estensibile ad una più ampia gamma di soggetti.

Perché si preservi la dimensione assiologia plurale di queste particolari fattispecie sussumibili ad un'unica azione processuale, l'intervento normativo non deve porsi in limine, ma deve rendere possibile un controllo giudiziale che garantisca la coesistenza solidale del potere del soggetto agente con gli interessi rappresentati, ovvero uno "scorrimento processuale" che contemperi giudizialmente l'ufficio o il godimento temporaneo della titolarità dell'azione, in vista della stabilizzazione definitiva della vicenda. È un fenomeno di occasionale e temporanea fusione di interessi, diversificato dal momento solidaristico di comunione degli stessi.

L'approfondimento qui condotto fa comprendere che non ricorre alcun motivo sostanziale per ostacolare la *comunicabilità* tra diverse posizioni soggettive, potendo anzi il contrario riverberarsi negativamente anche su chi si vorrebbe tutelare (si pensi a seriali giudicati contrastanti rispondo a vicende similari, oltre all'antieconomicità di molteplici giudizi per medesime questioni): supplire l'assenza di un controllo da parte del titolare dell'azione o di altro soggetto interessato mediante un controllo giudiziale che garantisca il valore plurale dell'azione proposta sembra la strada da percorrere.

D'altronde non sono sconosciute al nostro ordinamento fattispecie stricto sensu sostanziali d'interferenza di interessi diversi, in ordine all'utilizzazione di uno specifico bene, si pensi al settore delle obbligazioni, allorquando la generica pretesa del creditore sul patrimonio del debitore, inteso come massa di beni, si traduca in un interesse concreto ed attuale ad eliminare nei propri confronti, l'efficacia di una disposizione operata dal soggetto passivo (intendiamo riferirci all'azione revocatoria); ma si rifletta anche su situazioni temporanee di disponibilità o di godimento, condizionate nel tempo da altri interessi concorrenti nella vicenda.

In suddetti casi, nonché nella fattispecie processuale che a noi interessa, il potere di azione si concentra in una complessa fenomenologia di interferenza di situazioni giuridiche: l'entità

economica di cui è titolare il soggetto agente diventa automaticamente “bene” concorrente per la soddisfazione di interessi plurimi.

È proprio dalla coincidenza stratificata sullo stesso potere di più situazioni giuridiche che dovrebbe trarre spiegazione l'effetto estensivo della pronuncia giudiziale.

Appare ovvia a tal proposito la necessità di fornire tessuto probatorio-sostanziale al nesso funzionale intercorrente tra la situazione giuridica-economica pretesa dai soggetti interessati ed il potere esercitato dal soggetto promotore dell'azione.

Non dovrebbe perciò stupire che l'intervento normativo configuri a posteriori il verificarsi dell'effetto, potendo attuarsi questo solo in quanto il dato potenziale trovi opportuna determinazione empirica attraverso il controllo giurisdizionale, garante della dimensione assiologia plurale della vicenda giuridica azionata e satisfattiva della molteplicità delle vicende giuridiche in rilievo. E ciò in coerenza con le formazioni sociali ex art. 2 Cost. e con la strategia solidaristica della Costituzione. Il che ci introduce nell'ulteriore aspetto fenomenologico, la sussidiarietà costituzionale, che offrendo uno strumento processuale di “sussidio” ai promotori dell'azione potrà spiegare i suoi effetti anche rispetto a conflitti a carattere pubblicistico coinvolgenti un soggetto promotore ed organi dello Stato (l'osservazione nasce anche in relazione alle recenti vicende legislative sull'azione collettiva che hanno sospeso l'introduzione dell'istituto per ragioni estensive dello stesso al settore pubblico, si cfr. la tutela dei beni comuni e sociali).

5. Il discorso fin qui condotto mette in luce il simbolismo di un tessuto connettivo comune, l'interesse sostanziale sotteso alla vicenda processuale, nell'unicità del cui contesto tessono la loro trama di valori una pluralità di interessi diversi o complesse situazioni di potere.

È questo un dato illuminante per la comprensione dell'impotenza dell'ordinamento alla costrizione di suddette situazioni in norme vigenti disciplinanti la confluenza di interessi in uno spazio giuridico definito, superando la necessaria e occlusiva ripetitività dei singoli giudicati.

Gli elementi di singolarità che emergono all'analisi della *class action* denotano il collegamento sostanziale di una pluralità di vicende ad un'unica matrice seriale, la non coincidenza di potere d'azione e titolarità, il carattere sinergico di diritti in presenza di aspettative altrui, la sopravvenienza limitatrice di interessi concorrenti: tutti fenomeni questi che impegnano il legislatore a prendere chiara posizione al fine di positivizzare con esattezza le competenze dispositive e la determinazione degli effetti per i soggetti coinvolti nella vicenda.

La dottrina tradizionale che legge con sfavore un istituto *prima facie* incompatibile con i principi ordinamentali vigenti, sembra sviata dall'esame della risultante del fenomeno, così forse oscurando l'analisi delle componenti ontologiche del fenomeno.

S'intende dire che il limite al potere d'azione nascente dalla *class action* andrebbe preliminarmente inquadrato riferendosi alla complessa articolazione soggettiva della vicenda, nella cui dinamica interna trovano, direttamente o mediatamente, espressione di una alterità di interessi, ruotanti intorno ad una fenomenologia unitaria, dando luogo ad un fenomeno solidaristico non precostituito dal legislatore ma occasionalmente e temporalmente diretto a soddisfare una molteplicità di interessi.

Ed è proprio questa idoneità intrinseca del contesto funzionale ad esprimere valori che trascendono la destinazione soggettiva del diritto o del potere di azione a giustificare l'impegno dell'ordinamento a conferire, attraverso il meccanismo della sussidiarietà, alle situazioni giuridiche soggettive una nuova dimensione assumibile più al diritto pubblico che al diritto privato, offrendo tali azioni anche come possibilità di tutela non solo di

situazioni patrimoniali soggettive<sup>124</sup> (sussidiarietà orizzontale) ma anche a difesa di beni pubblici (sussidiarietà verticale) che risulterebbero difficilmente esperibili dal singolo; ciò attraverso l'introduzione di uno strumento processuale sottoposto ad un controllo atto ad eliminare iniziative individuali che recidano legami giuridicamente indissolubili, mettendo a rischio *theoi* fondamentali, quali l'economicità del giudizio, la certezza del diritto e la protezione di beni che come tali rischierebbero di sfuggire ad iniziative pluralistiche di protezione. Nell'esercizio dell'azione avente ad oggetto beni individuali opera l'equilibrio della fusione tra solidarietà e sussidiarietà orizzontale; laddove nell'azione collettiva in cui rileva l'interesse alla tutela dei beni pubblici vige il principio di sussidiarietà verticale.

Nell'ottica legislativa *de iure condendo*, primaria sarà dunque l'esigenza di preservare da un mancato coordinamento quel tessuto connettivo di interessi di gruppo gravitanti nello schema del rapporto sottostante l'esercizio del potere di azione.

Naturalmente, una ricerca condotta con rigore scientifico, teleologicamente orientata all'individuazione di una base sostanziale di un complesso istituto, quale quello della class action, non può fermarsi agli aspetti critici, ma deve coevamente proporre, esercitando una funzione positiva, un modello sistematico aderente alla normativa attualmente vigente.

Giunti a tal punto, a noi sembra che il contatto in un unico schema funzionale, di una pluralità soggettiva di interessi, fra di loro interferenti in quanto seriali e il conseguente impegno normativo (seppur ancora *in itinere*) di coordinamento, influiscano in modo determinante nella elaborazione scientifica di un criterio che possa raccogliere sotto di sé, in un'unica prospettiva la ratio del controllo giudiziario volto a conferire "ultraeffetti" al giudicato.

A tale proposito ci sembra fondamentale l'introduzione della problematica di un principio di solidarietà interindividuale che

---

<sup>124</sup> Cfr. F. LUCARELLI, *Lesione di interessi e annullamento del contratto*, Milano 1964, *passim*.



ponga in debita evidenza la complessa articolazione degli interessi espressi nella vicenda della class action, giustificando a tal punto l'intervento sussidiario (orizzontale) dello Stato che mette a disposizione dei soggetti uno strumento processuale più rapido ed efficace. Su di un altro piano sempre conferente la class action si pone invece l'utilizzazione dello strumento qualora una pluralità di soggetti intenda difendere non un interesse meramente patrimoniale ma quegli effetti sociali di cui sono portatori che sono rappresentativi dei beni comuni e sociali (art. 41 e 43 Cost.), realizzandosi in tal caso altro fenomeno parallelo che è quello della sussidiarietà orizzontale e verticale.

Prodromica alle osservazioni che di qui a poco saranno espresse, è la precisazione del dato che la ricerca della natura giuridica della solidarietà nel diritto privato, quale principio generale che sovrintende alle singole regole intrasoggettive ha da tempo costituito oggetto di vari ed originali contributi dottrinali<sup>125</sup>.

Ciò che a noi qui interessa sottolineare, però, è la necessità del superamento dell'attuale formula della solidarietà, intesa solo come un limite esterno al diritto soggettivo. A nostro avviso, infatti la funzione della solidarietà non si esaurisce nei soli aspetti simpatetici normativamente recepiti, disciplinanti l'occasionale e generico contatto tra sfere autonome di interessi ruotanti nello spazio giuridico. Deve essere rilevato altresì un'ulteriore dimensione del principio di solidarietà che si qualifichi anche all'interno di una situazione giuridica influendone sull'esercizio, allorquando la destinazione soggettiva esprima funzioni non isolabili singolarmente, ma rappresentative di interessi similari altrui. Entra in gioco la presenza dello Stato così come voluta, che nell'art. 41 Cost. non si limita ad un controllo dell'iniziativa economica, ma ne intende programmare la sua efficienza ai fini dell'utilità sociale (cfr. art. 97 Cost.) e che pone a disposizione dei privati uno strumento

---

<sup>125</sup> Cfr. S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1954, p.145; nel senso di un brillante tentativo di ricostruzione del principio di solidarietà, cfr. S.RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 93.

processuale che soltanto il potere pubblico può azionare. A tale momento gli interessi individuali entrano in quiescenza per l'operatività degli equilibri tra solidarietà e sussidiarietà per poi riemergere a conclusione dell'iter processuale. Ciò tanto nel caso di un contesto funzionale del rapporto in cui coesistono o si collegano alla matrice soggettiva altri centri di interessi, tanto sotto il profilo di funzioni rappresentative in via diretta o mediata, di interessi altrui.

Accettando questa prospettiva, il limite alla soddisfazione individuale dell'azione non si pone come una cesura all'estensione degli effetti della stessa, poiché il controllo giudiziario acquisterà precisi contorni e caratteristiche funzionali alla giustificazione del carattere seriale della dimensione assiologia della vicenda (sia per gli interessi individuali che per i beni comuni e sociali, presupponendo il ritorno finale alla soddisfazione degli interessi individuali).

6. Qualunque soluzione dommatica postula, dunque, la dimostrazione di una nuova dimensione del principio di solidarietà combinato con la sussidiarietà nel quale possa trovare collocazione l'istituto della class action, in un ambito che risulti idoneo a comprendere il complesso fenomeno della convergenza di diverse situazioni soggettive, comunque interferenti o collegate l'un l'altra ed il ruolo dello Stato a riguardo. In verità tutta la nostra ricerca precedente è stata intesa ad assumere, desumendolo direttamente dai rapporti economici-costituzionali (art. 35 ss.), un nuovo aspetto del principio di solidarietà, attraverso un superamento della comune accezione, al fine di ascriverne, tralasciando l'aspetto etico o religioso, una effettiva funzione economico-giuridica in cui entri come elemento determinante il potere dello Stato di porsi accanto ai privati nel caso di specie nella complessa problematica delle azioni seriali (sussidiarietà orizzontale *ad adiuvandum* differente dalle azioni seriali per i beni pubblici dove i privati chiedono che lo Stato rivendichi a sé la funzione pubblica garante dei beni comuni e integrativa dei beni sociali)

Forse ripetendoci, a noi sembra, trascendendo dal contenuto semantico del termine che la solidarietà, intesa come insieme dei legami affettivi e morali che uniscono gli uomini fra di loro e li sollecitano ad un aiuto reciproco, altro non rappresenti che l'introduzione ad un problema non solo sociologico di un principio di portata costituzionale e legislativa in cui si possa ritrovare il superamento dello Stato liberale e i fondamenti della democrazia sociale.

In genere il termine "solidarietà" viene etimologicamente assunto per rappresentare una figura fisica o meccanica; figura di volume e forma propria indipendente, nel cui interno si attua il principio della coesione di elementi molecolari o materiali, rigidamente o dinamicamente collegati l'un l'altro in un unico processo ottimale. Tale spunto ci appare funzionale ad introdurre il fondamento seriale della *class action*.

Trasferito questo principio nel mondo del diritto, per coesione di materia potrebbe intendersi il contatto tra sfere giuridiche diverse. E tale criterio, logicamente accessibile, potrebbe dar luogo ad una molteplicità di funzioni della solidarietà: l'una riprodotte l'idea etica del rispetto reciproco tra sfere autonome; l'altra, forse esattamente rappresentativa del principio originario, starebbe a significare la coesistenza o il collegamento di situazioni soggettive diverse, funzionalmente legate l'un l'altra occasionalmente in una dimensione che tutte le comprende: in termini più semplici, coesione di interessi molteplici o di poteri differenziati, insistenti su di una medesima entità di valore.

È proprio quest'ultimo significato, propriamente tecnico della nozione di solidarietà, che si vuol qui approfondire quale vincolo esistente tra le situazioni giuridiche coinvolte nella vicenda processuale dell'azione di gruppo, in cui tutti i soggetti c.d. deboli del rapporto di consumo in quanto isolati partecipano potenzialmente al ristoro del contenuto economico del pregiudizio subito da grandi operatori del mercato, anziché dar luogo a seriali

azioni individuali, tra l'altro suscettibili di valutazioni giudiziali discordanti.

La globalità del giudizio trova la sua ratio nell'esigenza di garantire la soluzione unitaria alla molteplicità delle controversie costituenti la "solidarietà" degli interessi.

Una volta determinate la ratio della solidarietà, la sussidiarietà diviene elemento processuale decisivo attuativo di posizioni più complesse sul piano fattuale rispetto al tradizionale diritto soggettivo.

E tale risultato verrebbe raggiunto traducendo il contatto intersoggettivo in ordine all'esercizio dell'azione, nella coesione tra sfere di interessi che da un punto di vista logico si presenterebbero ciascuna impegnata per un risultato rispondente complessivamente alla frazione di valore.

Traccia di un simile meccanismo è rinvenibile nel settore delle obbligazioni solidali, in relazione alle quali il Guardasigilli della Relazione al codice civile così aveva già espresso l'humus sinergico degli interessi sottesi ai diversi rapporti: "la pluralità di vincoli non esclude una comunione di interessi", "...essi ( i debitori ) son legati da una comunità di interessi".<sup>126</sup>

Il parallelismo appena espresso è significativo, in quanto denota l'esistenza di una categoria, riconosciuta dal nostro ordinamento, nella quale il principio di solidarietà assume una funzione tecnica in relazione al bene oggetto del rapporto, che costituisce l'elemento catalizzante del legame interindividuale.

Questo principio, accolto nella nostra disciplina giuridica, non va isolato nello specifico contesto normativo, in quanto potrebbe costituire un valido indizio per l'approfondimento di fenomeni complessi, come quello oggetto della nostra indagine, dal cui esame nasca l'esigenza di procedere, in un più vasto ambito, alla costruzione sistematica di una nuova dimensione della solidarietà, rivista attraverso il fondamento tecnico e non puramente etico del fenomeno. In siffatta dimensione potrebbero venire a collocarsi

---

<sup>126</sup> Cfr. Relazione al c. c., cit., n. 597.

tutte le vicende nelle quali sullo stesso rapporto si colleghino, coesistano o coincidano, in frazioni di utilità o con diversi poteri, una pluralità di interessi in una vicenda funzionale che tutti li comprende, proprio come avverrebbe nel caso dell'introduzione della class action risarcitoria a tutela dei consumatori. Tali situazioni proprio per la loro rilevanza sociale giustificano l'intervento dello Stato che aziona la solidarietà orizzontale per garantire e promuovere la protezione di questi interessi seriali.

Tuttavia, e qui si delineano i motivi di fondo dell'indagine, mentre il principio scientifico della solidarietà trova la propria armonia funzionale in regole superiori, di ordine fisico o razionale, fondate sull'amalgama della materia o sulla logica di una mente che stabilisce il collegamento meccanico, la coesione di situazioni soggettive si presenta complessa in quanto esposta ad impulsi irrazionali, difficilmente controllabili<sup>127</sup>. Difatti la coesistenza di interessi umani su una stessa entità di valore nasconde in sé l'insidia dell'interferenza egoistica reciproca del soddisfacimento dell'interesse individuale di cui ogni soggetto è portatore.

Per questo si è ritenuto necessario un programma legislativo ad hoc che contemperi i rapporti soggettivi in funzione solidale. La particolare fattispecie sussumibile al modello processuale della class action, difatti, postula una espressa e tassativa normativa che regoli specificamente la temporanea o occasionale interferenza degli interessi soggettivi, stabilendo i confini di integrazione e complementarietà delle reciproche competenze.

A tal proposito, la creazione di una piattaforma estesa del bilanciamento tra solidarietà e sussidiarietà a noi sembra una necessaria strada di coordinamento delle situazioni di contatto giuridicamente rilevanti tra più sfere di interessi, assurgenti ad interessi di gruppo: sia che ciò avvenga in sede preventiva ( si pensi al rafforzamento del momento del controllo giudiziale in sede di

---

<sup>127</sup> Questa è la costante preoccupazione del legislatore di evitare ogni atto che “ *nell'esclusivo ed incivile perseguimento dell'interesse proprio pur di contro un interesse pubblico al coordinamento delle sfere individuali*” Rel. al c.c. , n. 558.

ammissibilità dell'azione) sia successivamente (proprio con l'effetto estensivo del giudicato anche a terzi).

Ed infatti se il principio di solidarietà trova espressione ogni qualvolta abbia a verificarsi una situazione sinergica giuridicamente rilevante tra sfere di interessi, in tale accezione ben possono coesistere, giustificate dalla presenza cautelare dello Stato, l'effetto dell'improcedibilità per le singole azioni individuali scaturente dall'azionabilità della vicenda collettiva e l'effetto preventivo-autorizzatorio del controllo giudiziale mirante al coordinamento dell'interferenza di molteplici interessi: sia nell'un caso che nell'altro il legislatore de iure condendo propone all'attenzione dell'interprete strumenti tecnicamente predisposti a tracciare *l'actio finium regundorum* protettiva della sfera giuridica di ciascuno nel momento di funzionalizzazione dell'interesse del gruppo.

7. Se ci si limita a tradurre il significato e la portata funzionale che, nella terminologia comune, nonché nella coscienza sociale, si suole attribuire alla formula della solidarietà, si deve convenire che un siffatto criterio si era espresso essenzialmente nella codificazione del '65 e con più sistematicità del '42 in funzione di guida per ogni soggetto ad ispirare la propria attività individuale o a limitarla in ragione dell'altrui presenza umana, o di stimolo a ricercare nell'altrui esigenza motivi di collaborazione, per il conseguimento di fini comuni o associativi.

Sotto tale profilo di analisi, la formula della solidarietà interindividuale opererebbe empiricamente su una duplice prospettiva : la prima dinamica (forse maggiormente fedele al significato storicamente attribuito al principio) di collaborazione nel comune interesse o, comunque di attività nell'interesse altrui; l'altra statica, controllata dallo Stato, concernente la civile astensione (o ammonimento) da ogni attività, dal cui espletamento possa derivare l'effetto immediato o riflesso di un danneggiamento dall'altrui situazione di godimento.

Chiarito così il senso che la tradizione imporrebbe ascrivere al regime di solidarietà, inteso come fonte di rapporti intersoggettivi, va segnalato che anche la recente dottrina sull'argomento, abbandonando posizioni sistematiche ritenute definitive ed insostituibili, sembra esprimere l'esigenza di nuovi orizzonti di indagine, attraverso il superamento di una visione puramente etica della solidarietà, a favore di concezioni tecnicistiche fondate su principi di responsabilità e di controllo pubblico.

È estremamente indicativo del mutamento di prospettiva, da una concezione etico-morale, ad un criterio di positivismo economico, anche il linguaggio a cui si faceva sovente ricorso nella Relazione al codice civile quando si parlava di "solidarietà degli interessi della produzione o di solidarietà fra i fattori di produzione"<sup>128</sup>.

L'interesse altrui, alla luce della formula di solidarietà accolta dal codice del '42 veniva così, presa in considerazione non come stimolo sociale di armonica fratellanza, che contemperì il dato egoistico, ma soltanto alla stregua di un "fattore concorrente" che delimitò la soddisfazione individuale, imponendo un civile coordinamento dei rapporti soggettivi di utilità.

A questo proposito era significativo il richiamo esplicito della Relazione del Guardasigilli all'interesse altrui, inteso come fattore concorrente. Il significato di concorrenzialità pone in luce una confliggenza di interessi, nel senso di un'aspirazione simultanea di più soggetti ad un risultato di utilità. Trasponendo il dettato della Relazione al codice civile nel testo della nostra indagine, si poteva parlare di "assunzione nel rapporto obbligatorio di un contenuto di solidarietà che impone la contemporanea protezione di ogni interesse, in confronto di altro fattore concorrente"<sup>129</sup>.

A nostro avviso, dunque, oggi l'attenzione dell'interprete va accentrata sulla progressiva modificazione dell'angolo visuale dalla originaria concezione etico-morale della solidarietà in bilanciamento

---

<sup>128</sup> Rel. al c. c., cit., n. 558.

<sup>129</sup> Cfr. Rel. al c.c. n. 558.

con la sussidiarietà, dove ciò significa per il costituente un rapporto bilanciato tra pubblico e privato.

La disciplina legislativa soprattutto comunitaria vede esaurirsi la funzione normativa in soluzioni meramente tecnocratiche, rischiando di scontrarsi con l'orientamento costituzionale italiano dei principi di solidarietà e sussidiarietà sociale, assumendone un incomunicabile ruolo parallelo consono ai tradizionali fondamenti della società liberale.

È tipico, infatti, dell'attuale civiltà dei consumi, nel capitalismo moderno, questo incitamento al singolo di godere i beni propri, sino all'estremo limite delle possibilità pratiche di utilizzazione e di riscontrare funzionalità sociale a tale comportamento.

Comunque è evidente che il moderno diritto dell'economia ed i nuovi diritti che da esso scaturiscono implica una società vincolata ai suoi stessi strumenti di progresso economico e postula interventi normativi fondati su un criterio di realismo economico che si sovrappongono all'ideale storico e religioso della solidarietà intesa come forza propulsiva di relazioni sociali, per ispirarsi ad un programmato coordinamento delle sfere di interessi facenti capo ad una pluralità di soggetti, ma non eludono le problematiche sociali ad esse sottese.

Il mercato nella sua pluralità di significati e prospettive, quale rete di cooperazione, espressione di libertà, arena conflittuale di interessi diversificati necessita, dunque, di una correttiva direzione sociale della vita economica, per non ridursi a mera occasione di conflitto, riducendo i soggetti deboli alla marginalità.

La nuova dimensione della solidarietà qui proposta, va intesa perciò quale strumento giuridico di disciplina dei rapporti intersoggettivi connotanti il nuovo substrato socio-economico. In tal senso la prospettiva ispiratrice dell'intervento legislativo (sussidiarietà orizzontale) a tutela di situazioni giuridiche di gruppo, dovrà operare tracciando da un lato una trama di coesione tra gli interessi molteplici, dall'altro giustificando la suddetta coesione in termini di utilità sociale (art. 41 Cost.) per la dimensione assiologica



plurale della vicenda sottostante l'esercizio dell'azione processuale collettiva.

8. L'individuazione della natura giuridica del bilanciamento tra solidarietà e sussidiarietà alla luce dell'ispirazione teleologica del costituente, ne mette in rilievo, dunque, la funzione economico-giuridica ed altresì, aspetto non di secondo rilievo, il ruolo di garanzia dello Stato, per quei soggetti individualmente esposti ad asimmetrie informative di accesso a forme di tutela attraverso la reperibilità sul mercato delle conoscenze.

Non si può negare infatti il sostanziale vantaggio offerto da un istituto processuale in grado di offrire risposte soddisfattive anche a soggetti estranei all'esercizio del potere di iniziativa economica e quindi necessitaria forme di sussidio specifiche.

La class action fa sì che il criterio di legittimazione all'esercizio dell'azione divenga ad un tempo criterio di "economicità" e socialità dell'azione stessa, nel senso di un criterio di utilità che trasferisce in sfere di interessi ulteriori a quella del soggetto promotore. L'utilità per il titolare dell'azione realizza coevamente la funzione economico-sociale che si vuole ascrivere al principio di solidarietà.

Il progresso tecnologico, nella società moderna, è portato, infatti, naturalmente a riconoscere all'iniziativa privata la funzione economico-politica di fonte creativa di interessi; interessi che rappresentano la proiezione all'esterno di diritti e poteri, espressione della situazione giuridica individuale. Su queste premesse, l'ordinamento giuridico, con l'introduzione di un'azione collettiva sollecita il titolare del potere d'agire a strumentalizzare la propria situazione giuridica, attribuendo rilevanza sociale a tali impulsi creativi, che si riflettono in una dinamica circolazione e riproduzione di effetti, a vantaggio dell'intero gruppo.

Anche nella stessa Relazione al codice civile, pur da noi criticamente assunta per l'influenza politica dell'epoca, dalla premessa generale in cui si esprimeva che "l'iniziativa privata è

tutelata quando adempie la sua funzione, nel campo della produzione, di strumento utile nell'interesse generale"<sup>130</sup> si faceva discendere l'affermazione di "un principio di solidarietà tra privati" e nello stesso tempo la positivizzazione di "una regola conforme all'interesse della collettività nell'utilizzazione dei beni"<sup>131</sup>. Appariva qui evidente come il legislatore avesse inteso valutare essenzialmente la gestione economica dei beni e l'effettiva rilevanza produttiva, ricavando di conseguenza implicazioni per la regolamentazione dell'occasionale contatto soggettivo con altre sfere di interessi.

Nella medesima funzione programmatica si rileva il limite all'esercizio della *class action*, e nel contempo se ne riceve la nuova funzione (art. 2 Cost.) in connessione alla quale opera il principio di "solidarietà economica e sociale", poiché l'azionabilità del diritto deve essere idonea alla creazione di valori di partecipazione collettivamente apprezzabili, le formazioni sociali (art. 2 Cost.) e quindi oggetto della sussidiarietà orizzontale, pur tutelando l'autonomia delle sfere soggettive, ma coevamente garantendone la comunicabilità, incidendo sulla propagazione intersoggettiva degli effetti soddisfatti scaturenti dall'esercizio del diritto.

L'elemento di novità che verrebbe ad introdursi con l'istituto processuale oggetto della nostra indagine e la sua peculiare funzione programmatica, va visto nella accentuazione sociale del principio di solidarietà su connotati essenzialmente teleologici. Nello stesso momento in cui l'esercizio soggettivo del diritto d'azione e del connesso potere, nella sua proiezione interferisce nell'altrui interesse, scatta automaticamente il controllo dell'ordinamento al coordinamento della molteplicità di vicende coinvolte.

È chiaro che il contatto intersoggettivo viene in rilievo nell'aspetto della garanzia di appartenenza alla medesima vicenda di interessi di gruppo mediante i poteri del giudice al riguardo, che

---

<sup>130</sup> Rel. c. c. n. 404.

<sup>131</sup> Rel. c. c. n. 408.

portano in superficie quello strato di interessi altrui collegati all'impulso del titolare dell'azione.

Interessante, ai fini probatori dell'ontologico affermarsi dei principi di solidarietà e sussidiarietà in vasti settori d'indagine nel nostro ordinamento, era la prospettiva offertaci dal Rodotà<sup>132</sup> nella trattazione dell'operatività della regola intersoggettiva nell'area dell'illecito e delle responsabilità civile.

L'autore, facendo propria la definizione del Santoro-Passarelli<sup>133</sup>, osserva che "l'autonomia della solidarietà rispetto al diritto soggettivo risulta assai bene quando si rileva che il diritto soggettivo arriva fin dove comincia la sfera d'azione della solidarietà". Muovendo l'indagine sulle norme espressione del suddetto principio ( con particolare riferimento agli atti emulativi ex art. 833 c.c. ed alla responsabilità precontrattuale ex art. 1337, 1338 c.c.), ritiene possibile l'estensione analogica della ratio della solidarietà, richiamandosi agli artt. 2 e 41 della Costituzione<sup>134</sup>.

Ai fini più immediati della nostra indagine risulta preziosa la costruzione in esame, intesa a dimostrare l'evoluzione costituzionale del principio di solidarietà, alla luce della sussidiarietà orizzontale rispetto alle generiche enunciazioni dottrinarie, che ne riducono la funzione "a valutazioni etico-sociali, ispirazioni sociali, presupposti necessari della convivenza sociale"<sup>135</sup>. Si intende qui rilevare che la specificazione della solidarietà nel momento del danno, quale limite protettivo ed al contempo valvola di comunicabilità (momento di contatto) tra diverse sfere giuridiche, sottrae la funzione del principio a vaghe sensibilità etico-sociali "scaturenti dalla coscienza illuminata dei singoli" e le attribuisce un concreto orientamento teleologico economico-giuridico.

Confortante conferma alla tesi del Rodotà, secondo cui la solidarietà non nasce soltanto nel contatto giuridico di situazioni

---

<sup>132</sup> S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p.95.

<sup>133</sup> S. RODOTÀ, op. cit. p. 93.

<sup>134</sup> Cfr. S. RODOTÀ ult. op. cit., p. 96 ss.

<sup>135</sup> Cfr. S. RODOTÀ ult. op. cit., p. 95 e 105.

precostituite, ci viene offerta dalla stessa fonte legislativa della Relazione al codice civile, dove nel discorrere del principio qui in esame, si tiene in debita considerazione il rispetto equanime dell'interesse dei terzi. Il riferimento al terzo è sintomatico della volontà del legislatore di ascrivere alla solidarietà una funzione non limitata a rapporti precostituiti, nel qual caso la terminologia sarebbe stata ben differente: si sarebbe fatto riferimento infatti all'obbligato o alla parte. Nella indagine da noi condotta assume prezioso rilievo la considerazione appena esposta, trattandosi di conferire substrato sostanziale ad uno strumento processuale coinvolgente interessi di gruppo non direttamente azionati, ma individuabili attraverso il requisito di appartenenza alla classe.

Di qui, costruendo la solidarietà come principio conferente autonomia alla sfera giuridica individuale ed al contempo occasione di contatto con situazioni giuridiche altrui, la pretesa azionata sarà il segno esteriore di una interferenza, oggettivamente rilevabile, di cui l'ordinamento garantirà il controllo in sede giudiziale ( offrendo l'effetto estensivo alle vicende plurali sottoposte al controllo) e la uniformità ( attraverso l'effetto giuridico dell'improcedibilità per le singole azioni individuali).

Da questo punto di vista il principio di solidarietà ci si presenta nell'aspetto di funzione qualificante la dimensione assiologia plurale della vicenda azionata, da cui discendono teleologicamente gli effetti di garanzia e controllo costituzionale che l'iniziativa economica sia sempre ispirata ai fini dell'utilità sociale (art. 41 Cost.).

Altra prospettiva che va sempre più delineandosi anche nell'ottica legislativa è quella dell'azionabilità della class action a tutela dei beni comuni e sociali. In questo caso la pluralità soggettiva rivendicherà un interesse seriale alla coesione sociale, esigendo la tutela di quei beni comuni e sociali che costituiscono elementi sussidiari dell'interesse patrimoniale individuale, di cui il costituente ne ha rivelato l'estrema sensibilità, principi tanto più rilevanti in una società in cui la globalizzazione ha accentuato

profili di disparità sociale nella logica di un'economia liberale di mercato.

9. Sembra opportuno un chiarimento preliminare in merito a quanto rilevato nella conclusione suesposta circa la natura e la funzione del bilanciamento costituzionale di solidarietà e sussidiarietà nella tutela dei beni sociali<sup>136</sup>. Riprendendo, infatti, l'indagine sulla natura della vicenda giuridica, quale fonte di utilità, va precisato che l'entità di valore, per sua natura ( in relazione agli interessi verso cui è operante ) o per fatti giuridicamente rilevanti, può essere idonea a costituire fonte di utilità per interessi umani diversificati anche socialmente, e quindi può, altresì, presentarsi suscettibile di soddisfare contemporaneamente situazioni personali differenziate (salute, informazione, ambiente,...): in altri termini l'oggetto può essere identico per una tipologia di rapporti il cui contenuto e l'esigenza di protezione sia sostanzialmente diverso. Il che si verifica in modo particolare per i beni comuni e sociali.

E proprio l'istituto processuale della class action proporsi quale aspetto fisiologico alla poliedrica utilizzazione giuridica degli effetti scaturenti dall'esercizio dell'azione. Quivi assume rilievo un fenomeno complesso e articolato, che non consente di tracciare evidenti confini tra le diverse situazioni soggettive concorrenti, almeno fino al termine della fase di quiescenza.

Il che si verifica ogni qual volta il fascio di utilità promanante dalla vicenda giuridica azionata non si presenta isolabile nel contesto di determinati centri di interessi o comunque non assolve

---

<sup>136</sup> Il problema si propone in questi termini: una volta accertato, sia pur in via sperimentale, che il coordinamento legislativo dell'autonomia privata nei rapporti reciproci si attua attraverso una neutralizzazione, pur temporanea, delle rispettive sfere di interessi; e che la normativa prescinde in ciò da motivi di ordine etico e morale, perseguendo precise finalità tecniche di equilibrio giuridico- economico, occorre domandarsi quale orientamento debba intraprendere la volontà del legislatore nel disciplinare fenomeni connaturati di interferenze tra posizioni soggettive diverse.

funzioni riconducibili ad un'unica situazione soggettiva o alla sfera di colui il quale ne eserciti il potere di disposizione: e ciò perché la vicenda presenta un naturale potere di rifrazione nei confronti di altri interessi o di diverse situazioni giuridiche che potrebbero anche non essere unicamente patrimoniali o esserlo comunque di riflesso in quanto rientranti in quella categoria di beni comuni e sociali di cui viene garantita la fruizione generale alla collettività.

La class action ci propone così un fenomeno parzialmente dissociativo tra la titolarità del potere e la destinazione utilitaristica degli effetti della vicenda processuale, concorrendo la "classe" al godimento del ristoro ottenuto con la pronuncia giudiziale o al mantenimento o alla garanzia di conservazione di situazioni sociali protette.

Il conferimento di poteri rappresentativi si riverbera in un legame tra situazioni soggettive, la cui intima coesione vieta di scioglierne il collegamento attraverso la puntualizzazione di una singola pretesa almeno fino alla fase satisfattiva.

Nell'azione di gruppo qui in esame, è significativo insistere sulla particolare destinazione dei valori che ne formano oggetto, la cui funzione coinvolge altre sfere di interessi, anche a livelli differenti. Di conseguenza la ratio del controllo giudiziale sull'afferenza delle varie vicende alla classe, nonché dell'improcedibilità delle singole azioni individuali, non va esaurita nell'intrinseca natura dell'oggetto dell'azione, ma va riferita ai valori intersoggettivi che da esso si sprigionano; ed individuata precisamente nell'impegno legislativo di comporre e temperare, in un unico contestosocio-economico, esigenze molteplici, laddove l'azione individuale non si presenti isolabile, per la complessa articolazione degli interessi anche non meramente individuali (il riferimento è ai beni comuni e sociali) espressi nella vicenda.

Ed è proprio questo l'aspetto tecnico del bilanciamento di solidarietà e sussidiarietà a cui facevamo precedentemente riferimento, che emerge ogni qualvolta sia ravvisabile, all'interno di

una vicenda giuridica, un legame intrasoggettivo, caratterizzato dalla presenza di una pluralità di interessi o di funzioni pubbliche.

E che sia l'esercizio del potere di azione il momento qualificante dell'intervento normativo, è particolarmente illuminante, poiché è proprio il distacco soggettivo dal legame o dalla funzione altruistica a determinare, precisamente, quel fenomeno di gravitazione di poteri ed interessi intorno alla vicenda, per recuperarlo nel momento successivo dell'estensione degli effetti della pronuncia giudiziale.

La riferibilità di tali situazioni ad un regime di solidarietà trova la sua ratio nella coesistenza di più realtà soggettive fuse per la realizzazione dell'interesse del gruppo, collegate dalla permeabilità intersoggettiva dei valori, mentre la sussidiarietà orizzontale rappresenta la volontà dell'ordinamento di garantire un collante socio-economico.

Qui, forse, potrebbe trasparire, a prima vista, una certa analogia con la visione etica della solidarietà, intesa come collaborazione ideale tra più soggetti o compenetrazione alle altrui necessità. Ma il criterio assunto dall'ordinamento nel valutare l'esercizio di un potere, direttamente o mediatamente rappresentativo di interessi altrui, è ben crudamente realistico ed evidenzia i margini ristretti in cui si è trovato di fronte il legislatore nel contemperare l'ordine economico all'ordinamento sociale: si esclude infatti, ponendo l'attenzione sul vaglio giudiziale, nonché sull'effetto dell'improcedibilità, una visione etica, richiedendosi costantemente l'ancoraggio a valori positivi, che vengono espressi nell'accertamento di specifici requisiti per la determinazione di appartenenza alla classe e nella necessità di dati vantaggi soddisfatti per i destinatari degli effetti del giudicato, economici per ciò che più strettamente concerne le esigenze processuali e di certezza e stabilità per quanto coinvolge la funzione stessa del diritto.

La diffidenza verso la solidarietà etica trova la sua logica conclusione nell'intervento dello Stato attraverso la sussidiarietà. Se ci si sofferma sull'effetto dell'improcedibilità per le singole azioni

individuali una volta esercitata la class action (come previsto nei progetti governativi), si scopre che la peculiarità dell'azione va insistentemente ricercata nel particolare aspetto dell'autonoma rilevanza che assume l'interesse del gruppo, il quale mosso da contingenti fattori di soddisfazione delle proprie pretese, ha visto giudizialmente puntualizzarsi il suo diritto. L'azione collettiva risulta, quindi, caratterizzata come antefatto logico, dalla coincidenza sul bene di una pluralità di categorie di interessi<sup>137</sup>, taluni iniziali e tipici della vicenda azionata, altri successivi e occasionali delle situazioni soggettive giudizialmente considerate sussumibili ai primi. Coincidenza di interessi che, a determinate condizioni, si traduce, come si diceva, in una autonoma rilevanza dell'interesse della classe.

L'improcedibilità per le singole azioni dei consumatori, opera, difatti, in relazione ad un fenomeno di solidarietà in senso tecnico, dovuto alla sopravvenuta coincidenza di interessi, rispetto a quello del titolare dell'azione. Il che giustifica l'innesto delle molteplici vicende sull'attività dispositiva dell'agente, al fine di riservare all'intera classe l'utilità discendente dalla pretesa avanzata in giudizio. A tale momento rinasce la parziarietà, cioè il diritto del soggetto al risarcimento individuale, che potrebbe per il meccanismo di bilanciamento della solidarietà e sussidiarietà non corrispondere integralmente alla pretesa iniziale, il che non stupisce in quanto avviene anche nei giudizi ordinari e nella transazione del giudicato<sup>138</sup>.

---

<sup>137</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., *passim*

<sup>138</sup> La differenza di piani operativi del controllo giudiziale e dell'estensione degli effetti della pronuncia si riflette sul sistema del diritto positivo, poiché il carattere esterno alla fattispecie dell'interesse della classe e la mera potenzialità del suo autonomo concretizzarsi, impedisce al legislatore di operare preventivamente sull'utilizzazione della vicenda azionata, in modo da garantire a priori una organica composizione dell'interferenza. Da ciò ne deriva che l'intervento normativo si manifesta necessariamente a posteriori, attraverso l'improcedibilità delle azioni individuali, dopo l'accertamento giudiziale del ruolo rivestito dall'entità di valore azionata, ai fini dell'estinzione soddisfattiva delle



La norma introduttiva della class action, quindi, trova sintesi fenomenologica, tanto in una iniziale o naturale destinazione intrasoggettiva della vicenda sostanziale sottesa all'azione processuale, ovvero nell'esigenza di un intervento cautelare che "controlli" l'afferenza dei molteplici interessi all'azione, quanto in un momento cronologicamente successivo, l'estensività del giudicato, dove la sopravvenienza di interessi altri per ragioni contingenti deve necessariamente attingere alla stessa fonte di utilità. Ma se si vuole attribuire alla class action fondamenti costituzionali non ci si può esaurire ad una generica finalità sociale di azioni di per sé seriali ma bisogna in coerenza con l'art. 41 Cost. affermare che in modo ancor più significativo l'azione di classe può costituire un potente argine di sollecitazione dei privati interessati alla salvaguardia di quei beni comuni e sociali (art. 43 e 41 Cost.) la cui privatizzazione minaccia più stabilmente di qualsiasi crisi economica la coesione sociale.

10. Per quanto riguarda il principio di solidarietà la nostra Costituzione, pur riaffermandone il fondamento intersoggettivo ne postula una profonda rivisitazione.

Si legge nell'art. 2 Cost. "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".

Secondo il dettato costituzionale la solidarietà diviene il perno del consenso e della non conflittualità sociale. Le sue direttive postulano un comportamento reciproco a cui i soggetti si debbono adeguare nella fase in cui le loro sfere di interessi vengono ad interferire.

Sostenibilità economica e compatibilità giuridica costituiscono la destrutturazione del secondo elemento dei rapporti economici-

---

pretese.

costituzionali (art. 2 Cost), la “solidarietà economica”; ne introducono specifici giudizi di valore, togliendo ogni margine di genericità; integrano e sostituiscono la buona fede negoziale e danno luogo ad un procedimento di perequazione sulla cui adeguatezza vigila un giudizio di ragionevolezza/razionalità (che rappresenta la sintesi di un giudizio di meritevolezza dei comportamenti). La sostenibilità economica è il dovere di non approfittare di una eventuale situazione di supremazia patrimoniale, psicologica, sociale,... per trarre vantaggio dalla soggezione di altro soggetto, anche sacrificando proprie frazioni di utilità in relazione ad un equilibrio sostanziale dei valori economici; la compatibilità giuridica, l'altro aspetto del giudizio di solidarietà, interviene quale limite al sacrificio individuale che in ogni caso non deve coinvolgere i valori della situazione sostanziale su cui si regge la struttura giuridica del rapporto.

Su questi due regolamenti di comportamento vigila lo Stato con il criterio di ragionevolezza/razionalità che contiene in sé quel richiamo al sociale della solidarietà (art. 2 Cost.) e che valuta l'equilibrio interno del rapporto e la risultante di quel bilanciamento tra sostenibilità e compatibilità, sfuggendo da pericolosi condizionamenti meramente etici.

Il giudizio di ragionevolezza/razionalità costituisce l'*imprimatur* dell'ordinamento sulla socialità del comportamento delle parti; criterio che, una volta assunto “esaurisce” il giudizio di solidarietà, propiziando, se necessario, un intervento orizzontale dello Stato a sussidio di eventuali situazioni nelle quali l'obiettivo prioritario dei livelli di vita liberi e dignitosi non possa essere colmato dalla solidarietà. È sempre in fondo la democrazia sociale che richiama a comportamenti attuativi del consenso, pur mantenendo fondamentalmente intatta l'architettura giuridica dei rapporti nella effettività della dimensione economico-sociale.

11. Avviandoci alle prime conclusioni dell'analisi osserviamo che base preliminare per ogni motivazione di carattere dommatico è la

presenza nell'istituto in esame di un elemento costantemente ricorrente, espresso nella rilevanza di interessi molteplici, che condizionano ed influenzano l'esercizio del titolare del diritto di azione. Altro dato comune è la viviscenza dell'anzidetto fenomeno dell'interferenza nel momento produttivo degli effetti della vicenda processuale, nonché l'incidenza sull'azione sussidiaria dello Stato, laddove lo strumento processuale coinvolga il settore pubblico.

La rilevanza giuridica della molteplicità delle posizioni giuridiche si caratterizza a secondo della natura del diritto e dei diversi piani o momenti di influenza, costituendo potere coibente sulla situazione del soggetto agente. Una tal rilevanza può variare fino ad assumere il massimo grado, quando esprima un collegamento di natura sostanziale tra una pluralità di interessi, dovuto all'idoneità dell'azione a costituire oggetto di simultanee rappresentazioni soggettive collegate all'attività dispositiva principale da un rapporto di coesione o di interdipendenza, che impedisca il distacco dalla destinazione soggettiva del diritto o del potere.

Con l'introduzione di uno strumento processuale quale la class action, è come se l'ordinamento imprimesse al giudizio coinvolgente i vari interessi una destinazione soggettiva a dimensione plurale ed una destinazione oggettiva di valore che garantisca il corretto e utile esercizio dei poteri rappresentativi conformemente all'utilità sociale.

Il fenomeno postula una considerazione unitaria dell'azione, sotto il profilo oggettivo valutabile in termini di nesso teleologico fra le molteplici vicende giuridiche, volta alla regolamentazione degli interessi della classe nell'ambito della finalità pratica di perseguimento di un assetto economico globale ed unitario, sotto il profilo soggettivo valutabile nel senso del coordinamento tra le parti per la realizzazione di un fine trascendente gli effetti tipici dell'azione individuale ed assumente una propria autonoma rilevanza.

Dal punto di vista cronologico l'incidenza condizionante degli interessi della classe viene in evidenza nel momento funzionale

ancor più che in quello genetico del potere d'azione; sono infatti proprio le conseguenze dell'atto plurioffensivo e gli effetti plurali della vicenda processuale a portare in superficie l'interferenza, il contatto delle situazioni giuridiche sostanziali. Ciò spiega il maggior impegno dell'intervento normativo nella disciplina degli effetti estensivi della pronuncia giudiziale.

Si costituisce una situazione giuridica che introduce direttamente il gruppo nella fase satisfattiva della vicenda processuale, conferendo all'effetto risarcitorio una destinazione solidale.

12. L'introduzione di una nuova sistematica nello studio della solidarietà tra privati non vuole implicare una radicale sostituzione di soluzioni finora adottate, ma piuttosto utilizzarne le strutture per un approfondito esame introspettivo del fenomeno della *class action*.

Le due metodologie, infatti, quella tradizionale e quella da noi prospettata, ben possono coesistere in un campo d'indagine ben circoscritto.

Il punto in comune ad ambedue i criteri sembra rinvenirsi nella globalità del principio che induce a qualificare la solidarietà, quale limite protettivo della sfera giuridica di ciascuno nel momento del contatto intrasoggettivo, che metodologicamente ne motiva la funzione. Tuttavia la relazione tra sfere individuali può presentarsi tanto quale fatto occasionale, tanto come espressione di una complessa contiguità e aderenza reciproca di funzioni e di interessi.

Nella prima ipotesi si pone all'attenzione del legislatore un conflitto reale o potenziale di interessi che lo impegna a ricorrere a regole di condotta esterne, idonee a delineare i limiti e le funzioni dell'autonomia privata con il mondo giuridico circostante. Nelle altre fattispecie (ed è questo il caso coinvolgente l'oggetto della nostra indagine), invece, la solidarietà assume l'aspetto intimista della congiunzione o interferenza funzionale tra più centri di interessi, il che esige una delimitazione specifica di competenze, un intervento ad hoc mirante ad un equo temperamento di esigenze condizionanti le situazioni giuridiche dei soggetti (plurimi)

unitariamente coinvolti nella vicenda in vista comunque di una utilità sociale che si riverberi su tutti.

Nell'un caso, lo ripetiamo, il contatto avviene occasionalmente tra sfere di interessi che, assolutamente autonome l'un l'altra, si ritrovino per fattori contingenti ad intersecarsi in un certo momento della loro vicenda economico-giuridica. Nell'altro caso si propongono vicende nelle quali una pluralità di situazioni giuridiche ovvero di poteri ed interessi si amalgamano e coesistono in una unica dimensione funzionale.

L'elaborazione del regime di solidarietà si incomincia, così a delineare in tutta l'evidenza programmatica. La sua funzione regolatrice della condotta soggettiva nei rapporti interindividuali, a nostro avviso, emerge sempre che venga preso in considerazione dell'ordinamento un contatto giuridicamente rilevante tra sfere di interessi.

La sua azione può esprimersi lungo due distinte linee direttrici. L'una diretta a garantire l'autonomia individuale di ciascuno nella gestione economica dei propri interessi dalla ingiusta ed ingiustificata interferenza di attività altrui: in tal caso la funzione della solidarietà si manifesta in forma sanzionatoria, qualora il contatto rilevato generi il danno ingiusto ed ingiustificato del soggetto.

L'ulteriore qualificazione della solidarietà ci propone, invece, l'aspetto fisiologico e non patologico dell'interferenza di interessi plurimi, e la sua funzione non si muove in linea ad una verticale separazione delle situazioni giuridiche, ma opera coesivamente tendendo a mantenere inalterata o funzionale la complessa articolazione degli interessi.

Questo aspetto della funzione solidale, postula un intervento normativo che si sviluppi attraverso una compressione occasionale o temporanea sul potere di disposizione del titolare del diritto d'azione, in ragione della presenza significativa o assorbente degli interessi di gruppo lesi dal comportamento plurioffensivo. Intervento che si articola in un arco complessivo del tentativo

obbligatorio di conciliazione che rende improcedibili le singole azioni individuali per il periodo di stabilizzazione soggettiva della vicenda, in funzione del legame di interessi; del controllo giudiziale che garantisce la costanza funzionale dei valori, in relazione agli interessi rappresentati; nonché degli effetti estensivi del giudicato che rivelano l'autonomia dell'interesse della classe, inteso nella sua globalità ed unitarietà.

13. Rinviano al prosieguo il caratterizzarsi della class action a difesa dei beni comuni e sociali, soffermiamoci alla ratio classica dell'istituto quale azione seriale a difesa di interessi individuale.

A nostro avviso, nell'istituto in esame, il regime di solidarietà si presenta quale legame soggettivo tra sfere di interessi molteplici, giustificazione sostanziale al particolare strumento processuale.

È nel vasto affresco di umane esigenze convergenti e concorrenti che si viene a delineare la reale dimensione giuridica del tentativo obbligatorio di conciliazione, del controllo giudiziale in ordine alla delimitazione dell'afferenza degli interessi alla classe, tutti mezzi strumentalizzati in funzione del regime di solidarietà, nella sua valenza economico-giuridica.

Ragioni di opportunità, quali esigenze di economia processuale, ma anche e non in secondo rilievo garanzia di certezza delle situazioni giuridiche, esigono il carattere rappresentativo del soggetto titolare dell'azione affinché si renda possibile la gestione collettiva di interessi di natura individuale.

Il trasferimento soggettivo della titolarità del potere d'azione costituisce il punto di scissione della situazione di solidarietà preesistente.

Non si vuole operare un distacco freddo e razionale delle reciproche competenze dispositive, ma anzi si vuol conservare inalterata, nella migliore armonia possibile, l'interdipendenza soggettiva di interessi molteplici.

Il fenomeno coesivo trova la sua *ratio* nella circostanza che le azioni individuali divengono seriali in quanto convergenti nella

riferibilità al danno collettivamente risarcibile; di qui il potere d'azione rappresentativamente conferito al soggetto legittimato introduce nel rapporto processuale che viene ad instaurarsi la presenza di interessi di gruppo, che sovrapponendosi alla funzione alterano il regime di solidarietà tradizionalmente inteso per conferirgli veste teleologica economico- giuridica.

Gli stessi poteri giudiziali di controllo che il legislatore *de iure condendo* introduce nella disciplina dell'azione di gruppo si collocano nell'ambito dell'esigenza di armonizzazione degli interessi coinvolti, individuando così una funzione solidale dei valori in gioco.

Nell'effetto dell'improcedibilità per le singole azioni individuali conseguente al tentativo obbligatorio di conciliazione, la solidale coesione tra potere e funzione e quindi l'azione posta in essere negli interessi della classe determina un legame soggettivo indissolubile, laddove il controllo giudiziale può ritenersi rivolto all'obiettivo funzionalità dell'esercizio dell'azione, che deve indirizzarsi ad un risultato sociale economicamente apprezzabile per i destinatari dell'illecito.

“Il diritto è la più potente delle forme di immaginazione.  
Mai nessun poeta ha interpretato la natura  
così liberamente come un giurista la realtà”

JEAN – PIERRE GIRADOUX

14. La posizione dell'individuo nell'organizzazione giuridico-sociale postula l'intrecciarsi di rapporti intersoggettivi, di natura personale e patrimoniale, attraverso cui si esprimono e trovano tutela le vicende giuridiche, teleologicamente orientate alla realizzazione di interessi individuali e sociali, giuridicamente funzionali al perseguimento di obiettivi di solidarietà e sussidiarietà di uno Stato fondato su principi di democrazia sociale.

Il raggio della nostra indagine va ricondotto allo studio ricostruttivo di quelle fattispecie che coinvolgendo interessi plurimi o collettivi<sup>139</sup> giustifichino l'attenzione del legislatore per quegli istituti processuali atti a conferire vita empirica alle situazioni soggettive complesse o seriali.

Più precisamente ci si vuole orientare allo studio del problema risarcitorio collettivo, nell'ottica del temperamento degli interessi privati, alla luce della considerazione sociale dei rapporti intersoggettivi, postulante un giudizio di valore di solidarietà economica tra le componenti sociali.

La nuova dimensione globale del diritto impone una diversa lettura delle “formazioni sociali”, di cui i referenti costituzionali degli artt. 2 e 3 costituiscono l'architettura legislativa, in cui le situazioni giuridico-patrimoniali non risultano più connotate dalla categoria sociale di appartenenza dei soggetti, bensì dalla diffusione

---

<sup>139</sup> Per un approfondimento tematico, cfr. M. A. CIOCIA, *Interessi privatistici e diritti soggettivi pubblici*, Bologna 1994, *passim*.



di ben più ampie formazioni aprioristicamente indefinite sotto il profilo soggettivo (ambiente, consumatori, ...), evocatrici di nuovi *status* autonomi di interessi diffusi costituzionalmente protetti.

L'intento legislativo va, così, a dispiegarsi nel senso di un intervento sussidiario con finalità equitative sui rapporti privatistici, proiezione della volontà del potere pubblico di garantire la realizzazione degli interessi espressivi della personalità individuale nelle formazioni sociali, anche rimuovendo ostacoli di ordine istituzionale ed economico che di fatto se ne frappongono.

L'affievolimento della soggettività dei diritti rivela, dunque, l'obiettivo sociale di una "solidarietà economica" che, se tradizionalmente designava la difesa della parte economicamente più debole dagli attori forti del mercato, gradualmente ha esteso l'interferenza sugli istituti privatistici fino ad imporre graduazioni e scelte con sacrificio di posizioni giuridiche a vantaggio di valori privilegiati.

Il riconoscimento promozionale di diritti connessi prevalentemente allo *status* di consumatore si pone in tal modo quale intervento che non si esaurisce sul piano della soggettività giuridico-patrimoniale del diritto, ma diviene strumentale all'assunzione dei poteri dello Stato di garantire la tutela di formazioni sociali direttamente inferenti la personalità umana (art. 2 Cost.).

Solidarietà e sussidiarietà (intesa quest'ultima quale criterio di riallocazione dei rischi e delle risorse, di limitazione dei costi sociali scaturenti dagli illeciti di massa, nonché di semplificazione dell'iter processuale accertativo della responsabilità) esprimono la portata sociale degli interventi, quali criteri di regolazione equitativa dei rapporti interprivatistici. La politica globale è il nodo che pone in luce l'esigenza della revisione dei segni distintivi della sfera privata rispetto a quella pubblica in cui gli interessi generali, l'utilità collettiva, la socialità dei rimedi soddisfattivi acquistano sempre più spazio, interferendo sul diritto del singolo privato, la composizione

di interessi, la fruizione ed il benessere sociale, l'uguaglianza quale libertà reale della collettività.

Nell'ambito delle nuove formazioni sociali, la solidarietà agisce al contempo quale solidarietà al sistema e quale criterio regolatore dei rapporti intersoggettivi (non sottomissione, ma contemperamento nel senso di reciproca soddisfazione e sacrificio, copartecipazione agli interessi, coordinamento di posizioni soggettive, pur nell'ambito protettivo della propria sfera di posizione). E ciò che spiega la strada a favore di concezioni tecnicistiche fondate su principi di responsabilità, alla luce dei rapporti intersoggettivi protagonisti del nuovo substrato socio-economico di cui è *humus* giuridico il diritto dell'economia.

Entra quindi in gioco la sussidiarietà in quanto il mercato globale, quale arena conflittuale di interessi diversificati chiede l'intervento di strumenti giuridici correttivi della vita economica, per non ridursi a mera occasione di conflitto, riducendo i soggetti deboli alla marginalità.

Si rendono opportune, all'uopo, brevi, ma necessarie considerazioni in ordine alla natura degli interessi soggettivamente plurimi che rientrano in segmenti degli interessi individuali e collettivi, pur mantenendo la loro autonomia concettuale; ed alle conseguenti forme di tutela presenti nel nostro ordinamento, al fine di sviluppare un'analisi compiuta dal testo legislativo approvato in Finanziaria per l'introduzione dello strumento processuale della azione collettiva risarcitoria (c.d. *class action*) a tutela dei consumatori, che riflette nel mondo economico globalizzato situazioni sottoposte a generalizzati regimi di tutela.

Singolare non solo il contesto legislativo genetico della norma, ma anche la maggioranza che ne ha determinato l'approvazione: l'emendamento era stato licenziato dal Senato per un solo voto, tra l'altro oggetto di vivaci discussioni sull' "errore" (decisivo, infatti, sarebbe stato il voto espresso per errore da un senatore di Forza Italia).

Probabilmente al fine di evitare subemendamenti che avrebbero provocato lo slittamento del voto finale della Finanziaria, era stato trasferito alla Camera il compito di migliorare taluni profili della normativa varata che hanno portato al testo definitivo, su cui approfondiremo la nostra indagine.

A conferma della natura sovranazionale dell'interesse del consumatore quale nuovo soggetto del mercato globale, i recentissimi interventi europei si sono orientati tra l'altro verso la prospettiva dell'introduzione di uno strumento-processuale europeo di risarcimento collettivo (funzionalmente correlabile alla risoluzione di problematiche poste dalla settorializzazione degli interventi dei legislatori nazionali). A riguardo si è parlato della *class action* europea per la quale occorrerà attendere almeno fino al 2009. Prima i consumatori potranno riferirsi soltanto al contenuto di una comunicazione, ossia un atto non vincolante, che il commissario alla tutela dei consumatori, Melena Kuneva, intenderebbe presentare prima della conclusione del suo mandato.

A Bruxelles, dunque, l'*iter* della *class action* "all'europea" sta procedendo con la massima prudenza, come ha osservato il Guido Alpa, Presidente del Consiglio nazionale forense, nel precisare la funzione cui sarà orientato l'istituto, di "porre le imprese al riparo da iniziative futili, promosse a scopo ricattatorio, poco trasparenti o fraudolente, evitando i noti abusi commessi negli Stati Uniti"<sup>140</sup>.

In attesa di sviluppi europei, la nostra attenzione si rivolge alla situazione italiana *de iure condito*.

Anzitutto, vanno valutate le posizioni dottrinali concernenti la configurazione dommatica delle situazioni giuridiche interindividuali, comunemente identificate (o forse semplificate) dal *nomen* "interesse collettivo". In merito si registra lo sviluppo di posizioni dicotomiche.

Se per un verso, autorevoli voci<sup>141</sup> hanno sostenuto l'afferenza delle situazioni giuridiche collettive all'area legislativamente

---

<sup>140</sup> Così G. ALPA, nell'articolo "*La fretta sulla class action*" di BUFACCHI, in *Il Sole 24 ore*, 14 novembre 2007.

determinata della legittimazione ad agire di soggetti quali sindacati, associazioni rappresentative di consumatori, utenti o professionisti (i referenti normativi concernono l'art.28 Statuto dei lavoratori, l'art.1469 sexies c.c e la l.281/1998, entrambi trasfusi nel d.lgs. 206/2005 - Codice del Consumo), altrettanto autorevolmente è stata sostenuta<sup>142</sup> la ricostruzione degli interessi in esame come appartenenti alla titolarità individuale dei componenti della collettività e come tali configurabili come diritti soggettivi dei singoli individui.

Tuttavia, un'attenta lettura ermeneutica della più recente normativa, pone in rilievo il fine di salvaguardia ed attuazione del diritto obiettivo<sup>143</sup> cui mirano le norme poste a tutela degli interessi collettivi, costituendo una sorta di *tertium genus* tanto rispetto ai diritti soggettivi quanto rispetto agli interessi generali<sup>144</sup>,

---

<sup>141</sup> M.G.GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Napoli 1979, p. 119 ss.; ID., *Commento all'art. 28, in Lo Statuto dei lavoratori – Commentario*, G. GIUGNI (a cura di) Milano 1979, p.483ss; A. GIUSSANI, *Considerazioni sull'art. 1469 sexies c.c.*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1997, p. 327ss.; ID., voce *Inibitoria (azione) – I Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma 1998, Postilla di aggiornamento, p. 1 ss; ID., *La tutela di interessi collettivi nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, in *Danno e resp.*, Milano 1998, p. 1000; C.M.BIANCA, *Note sugli interessi diffusi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di LANFRANHI, Torino 2003, pp. 71- 74.

<sup>142</sup> G.SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli 1995, p.29; A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari per lo studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi innanzi al giudice civile ordinario*, in AA. VV. *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Padova 1976, p. 263 ss.; S. RODOTÀ, *Le azioni civilistiche*, nonché R. PARDOLESI, *Il problema degli interessi collettivi e i problemi dei giuristi*, entrambi in *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, cit. rispettivamente p. 81 ss. e p. 241 ss.

<sup>143</sup> E.GRASO, *Gli interessi della collettività e l'azione collettiva*, in *Riv. Dir. proc.*, 1983, p. 44; C.CONSOLO, in CONSOLO- DE CRISTOFARO, *Clausole abusive e processo*, in *Corr. Giur.*, 1997, p. 478.

<sup>144</sup> F. TOMMASEO, *Commento all'art. 1469 sexies c.c.*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. ALPA e S. PATTI, in *Il Codice civile – Commentario*, P. SCHLESINGER- F.D. BUSNELLI, Milano 2003, p. 1160 e p. 1173; M. CAPPELLETTI, *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, Padova 1976, p.191 ss.

atteggiandosi a sintesi concettuale di situazioni soggettive connotate dal predicato della pluralità o serialità.

Quanto appena affermato emerge proprio dal dettato della l. 281/1998, manifesto dei diritti fondamentali dei consumatori (allo stato attuale trasfusa quasi nella sua interezza nel Codice del Consumo), che nel determinare il *discrimen* tra interesse collettivo dei consumatori e diritti individuali facenti capo ai singoli, ha manifestamente svincolato l'azione individuale da quella a cui è legittimata l'associazione, riconoscendo la potenziale idoneità lesiva di un medesimo comportamento nei confronti di entrambe le situazioni soggettive e confermando altresì l'impossibilità di ridurre l'interesse del gruppo alla mera sommatoria degli interessi individuali.

In ciò sembra già profilarsi un primo approccio alla individuazione dell'*actio finium regundorum* tra l'istituto dell'azione collettiva così come prevista dal nostro ordinamento e quello della *class action* disciplinata dal diritto nordamericano.

Inoltre, nella misura in cui la fonte normativa su menzionata fa espresso rimando all'interesse collettivo dei consumatori, si comprende che quest'ultimo è altro dalla titolarità della situazione giuridica facente capo all'associazione legittimata ad agire.

S'intende precisare, cioè, che l'operazione intellettuale da compiere consiste nell'ascrivibilità dell'interesse collettivo ad un'autonoma formazione soggettiva, globalmente e solo in quanto tale considerata.

I membri appartenenti alla formazione non sono aprioristicamente individuati: l'individuazione concerne solo il *genus* soggettivo di riferimento ed è in tal senso che può essere compresa la portata ermeneutica della suesposta concezione della mancata afferenza dell'interesse collettivo alla titolarità dei singoli o dell'associazione, svolgendo quest'ultima una funzione "rappresentativa", "esponentiale".

La dottrina in argomento costruisce l'interesse collettivo come situazione unica ed indivisibile con pluralità di legittimati all'azione.

Di talchè i soggetti legittimati non sono titolari dell'interesse collettivo come tale e dunque sono empiricamente, caso per caso identificati ora nelle associazioni, ora nelle organizzazioni sindacali, ora negli organismi pubblici. La titolarità concerne il diritto giudiziario all'azione, che a sua volta si rivela strumentale all'attuazione dell'interesse collettivo.

15. Ai fini di una ricostruzione esegetica del fenomeno, si rivela particolarmente significativa l'interpretazione offerta dalle Sezioni Unite della Cassazione nella ordinanza n. 7036 del 28 marzo 2006<sup>145</sup>, precedente l'approvazione del testo della Finanziaria introduttivo dell'istituto in esame: «...gli interessi diffusi, in quanto pertinenti alla sfera soggettiva di più individui in relazione alla loro qualificazione o in quanto considerati nella loro particolare dimensione, sono “adespoti” e possono ricevere tutela in sede giudiziale solo in quanto il legislatore attribuisca a un ente esponenziale la tutela degli interessi dei singoli componenti una collettività, che così appunto assurgono al rango di “interessi collettivi”».

Come si può notare, le considerazioni messe in rilievo costituivano argomento prodromico, che ostacolava in maniera vistosa la trasposizione di altre legislazioni quale quella statunitense, ad una prima analisi legislativa delle forme di tutela offerte dal nostro ordinamento al “gruppo” dei consumatori, prima delle novità introdotte dalla recente Finanziaria.

Fino agli ultimi sviluppi legislativi, infatti, tra i maggiori elementi discretivi rispetto alla disciplina delle *class actions* statunitensi si registravano l'assenza di una disciplina garante di una tutela di tipo

---

<sup>145</sup> Le Sezioni Unite in tal sede si sono espresse in ordine alle motivazioni della differente tutela giurisdizionale, in tema di violazioni derivanti da pubblicità ingannevole, tra il singolo consumatore, che può rivolgersi all'autorità Antitrust per richiedere l'inibizione degli atti e le associazioni dei consumatori e degli utenti, che per la tutela degli interessi collettivi possono rivolgersi sia alla predetta autorità sia al giudice ordinario.

risarcitorio e la limitazione della tutela inibitoria a quelle posizioni soggettive legislativamente qualificabili come interessi collettivi<sup>146</sup>.

Quello della Cassazione a Sezioni Unite si rivelava un ragionamento puramente formale, poiché all'interno di queste situazioni collettive vivono interessi individuali che si è visto essere meritevoli di tutela e per i quali sarebbe stata ostativa una rigida stratificazione degli interessi evocante una visione prettamente dommatica.

Proseguendo nella motivazione si legge, altresì: «...per altro verso, l'esclusione dell'accesso dei singoli alla tutela giudiziale appare giustificata dall'esigenza di evitare che una pluralità indefinita di interessi identici sia richiesta con un numero indeterminato di iniziative individuali seriali miranti agli stessi effetti, con inutile aggravio del sistema giudiziario e conseguente dispersione di una risorsa pubblica; e con frustrazione, inoltre, dell'effetto di incentivazione dell'aggregazione spontanea di più individui in un gruppo esponenziale. Il che, soprattutto in sistemi in cui è ignota la tutela di diritti individuali omogenei da parte dei singoli (invece tipica delle class actions, nelle quali il costo del processo non è però sopportato in proprio dall'attore), vale anche ad equilibrare l'entità delle risorse che ciascuna parte ha interesse ad investire nella controversia ».

È qui che le Sezioni Unite avevano aperto il discorso ad una prospettiva sostanziale, nella misura in cui sembravano rivolgere un monito al legislatore affinché si adoperasse a conferire rilevanza giuridica alle posizioni giuridiche individuali portatrici di interessi viventi in una dimensione soggettivamente plurima ed apprestarne adeguate forme di tutela.

Siamo all'ultimo livello di guardia dell'azione giudiziaria, oltre cui si è reso indispensabile l'intervento legislativo.

Perché si rendessero operanti nel nostro sistema ordinamentale meccanismi giuridico-processuali come le *class actions* occorre una

---

<sup>146</sup> R. DI RAIMO, *Le associazioni non riconosciute. Funzione, disciplina, attività*, Napoli 1995, *passim*.

previsione legislativa *ad hoc, in primis* sul piano della rilevanza delle posizioni sostanziali ad esse sottese.

Le recenti vicende legislative nell'approvazione del testo sull'azione collettiva risarcitoria<sup>147</sup>, contenente l'emendamento alla proposta normativa di introduzione dell'istituto, si sono mosse in questa direzione.

16. «L'azione collettiva risarcitoria (c.d. *class action*) è costituita da una formazione sociale temporanea di soggetti, indipendente dalle "categorie" sociali che la caratterizzano, coesa solidalmente alla realizzazione di un obiettivo plurimo, economicamente differenziato e distinto, esercitabile anche individualmente (nel caso di azioni collettive a carattere patrimoniale)».

A nostro avviso questa è la definizione che va offerta sul piano istituzionale.

Una volta definita la fenomenologia della *class action*, viene il compito più difficile per un giurista (ed un economista), determinarne la natura, l'oggetto, l'intento e la *ratio* del legislatore, chiarirne anzitutto la sua autonomia (se ci sia) rispetto a vicende giuridiche simili o parallele (le obbligazioni solidali). Scoprire, infine, come un fenomeno così originale di interessi seriali non si ponga in contrasto nella sua fase soddisfattoria con la tradizionale soggettività dei diritti, il che ci porterà a verificarne nel quadro dei rapporti privato-pubblico le connessioni con la solidarietà e sussidiarietà la sua rilevanza costituzionale attraverso l'incidenza sia sui principi generali (artt. 2,3, 4 Cost.), sia sui rapporti economici costituzionali (artt. 36 e ss.).

Affrontando il tema della solidarietà storicamente così presente, eppure così sfuggitiva nell'analisi storica del diritto, bisogna riconoscere che la natura "cristiana" della solidarietà risiedeva in quel "volontario benefico", che costituiva l'unico strumento, sia pur minimale, di permeabilità tra classi rigidamente costituite; visione che permeava anche i codici ottocenteschi tutti intesi ad emarginare il ruolo dello Stato ed a mantenere l'apparato

---

<sup>147</sup> F. RIZZO, *Azione collettiva risarcitoria e interessi tutelati*, Napoli 2008, *passim*.



istituzionale, costituito intorno al diritto soggettivo, insensibile al recepimento di sollecitazioni sociali esterne. L'unico nucleo giuridicamente solidale era la famiglia, anch'essa però verticisticamente costituita intorno al potere del *pater familias*.

Nel codice del '42 l'influenza di regime è sensibile e si muove nell'ambito della solidarietà al sistema: autarchia dove l'iniziativa economica privata viene riassunta nel benessere dei singoli e nello sviluppo della potenza nazionale, considerando l'organizzazione privata della produzione quale strumento più efficace ed utile nell'interesse della Nazione; mentre il lavoratore è subordinato alle esigenze superiori della produzione.

In questa prospettiva di "solidarietà al regime" mutano i connotati dell'autonomia privata nel codice del '42. Abbandonato esplicitamente (come recita la Relazione) il negozio giuridico tempio dell'individualismo, si identifica il contratto come "centro della vita degli affari" e se ne tutela la funzionalità, garantendosi anche la "circolazione dei beni": in questo obiettivo si spiega la solidarietà al sistema dei contraenti quale limite oggettivo all'autonomia privata (il regolamento di interessi) che ne spersonalizza la volontà, mentre le nuove regole dell'affidamento dei terzi rendono stabile la circolazione dei beni attraverso l'inopponibilità delle vicende interne al rapporto.

Nel proseguire l'esame della disciplina codicistica sembra opportuno procedere all'individuazione di situazioni giuridiche che possono trasmetterci analogie interpretative.

È evidente il riferimento alle "obbligazioni solidali" nelle quali si verifica la comunione di interessi all'interno di un rapporto giuridico unitario, il che può riguardare pluralità di creditori (solidarietà attiva) o pluralità di debitori (solidarietà passiva). A nostro avviso, si tratta in entrambi i casi di strumenti tecnici volti a rendere più rapida ed agevole la realizzazione del rapporto, senza che entrino in gioco elementi di empatia reciproca tra i soggetti che potrebbero integrare fenomeni di solidarietà sociale o morale.

Se l'obbligazione solidale fa perno sulla comunione, la *class action* si impernia sull'unione volontaria (al più sollecitata dal sistema) di situazioni soggettive o patrimoniali autonome, ma al contempo unite dalle filiere della solidarietà, cioè la ripetitività dell'oggetto e del soggetto perseguito. È la "solitudine" in cui versa il singolo titolare del diritto a motivarne l'unione; la sensazione della propria debolezza rispetto ai poteri forti che la fronteggiano a sollecitare l'azione congiunta.

17. Si è dunque assunta l'afferenza dello strumento giuridico processuale in esame all'area di operatività delle *formazioni sociali* di cui all'art. 2 Cost.

Ci sembrano imprescindibili delle considerazioni metodologiche.

Se le categorie cristallizzano scelte ideologiche che si traducono in rigide ripartizioni sociali, aprioristicamente individuabili sulla base di criteri per lo più economici determinati e relativi talora a un momento storico determinato, le formazioni sociali esprimono il momento di convergenza o coincidenza di interessi di gruppi non necessariamente economicamente omogenei per motivi socio-economici stabili o occasionali; la malleabilità e la fluidità si rinvencono nell'apertura alla rappresentatività a prevalenza di interessi socialmente deboli che per motivi di connessione o anche solo contingenti venissero a convergere o coincidere con quelli collegabili al gruppo di riferimento. Il dato caratterizzante le formazioni sociali è la capacità di costante adattamento alle empiriche esigenze rappresentative di interessi sociali connotati da mutevolezza e fluidità.

È la dimensione assiologica a determinare l'afferenza o meno dell'interesse alla formazione, contrariamente alla rigida schematizzazione socialmente ed economicamente orientata per categorie. Nelle formazioni sociali, dunque, il momento compositivo-rappresentativo degli interessi in gioco può rivelarsi anche transeunte, essendo molteplici e fluidi gli elementi di determinazione del collegamento; ne consegue una diretta

proporzionalità degli interventi solidaristici che presenteranno differenti gradualità in relazione alla contingente e mutevole dimensione di valore degli interessi di cui la formazione è portatrice.

Il consumatore, dunque, all'interno della "formazione sociale", assume una veste di coprotagonista, di tipologia trasversale, di categoria seriale di soggetti che si coagulano nella difesa di propri interessi, socialmente rilevanti, che possono riguardare i più svariati campi, da quello economico, alla sanità, all'ambiente, ai servizi essenziali.

Incidendo sulla nuova dimensione globale del diritto, lo strumento giuridico *de quo* impone una diversa chiave di lettura ermeneutica delle formazioni sociali costituzionalmente garantite all' art.2 , quale momento attuativo della teleologia perseguita dall'art. 3 della Carta fondamentale, nella misura in cui la considerazione legislativa di situazioni giuridico-patrimoniali afferenti a categorie sempre più ampie, soggettivamente impersonali, quale quella consumeristica, sembra evocare l'autonomia di nuovi *status* di interessi diffusi, postulanti un giudizio di valore di solidarietà economica, che va a dispiegarsi nel senso di interventi equitativi sui rapporti privatistici, proiezione della volontà del potere pubblico di garanzia della tutela della personalità individuale nelle formazioni sociali; e ciò attraverso strumenti di empirica realizzazione del principio di uguaglianza sostanziale a difesa dei soggetti economicamente più deboli dagli attori forti del mercato.

Quale protagonista dell'azione collettiva risarcitoria, viene indicato il consumatore, oggetto dell'azione collettiva il mercato, quindi beni e servizi, ma l'individuazione soggettiva è generica, tenuto conto dei caratteri specifici della formazione in oggetto.

L'azione in base all'oggetto può divaricarsi e riguardare un conflitto di natura prettamente privatistica tra pluralità di soggetti ed impresa; ma potrà anche assumere natura socio-economica e

risvolti costituzionali nel caso in cui l'azione sia diretta a garantire l'azione sussidiaria dello Stato in materia di prestazioni, servizi essenziali e riserva di legge (art. 43 Cost.).

Potrà infine coinvolgere il potere pubblico per la tutela diretta o sussidiaria di diritti primari, salute, ambiente, paesaggio, cultura, servizi essenziali (artt. 41-44 Cost.)<sup>148</sup>.

Lo strumento processuale *de quo* in controtendenza con i tradizionali orientamenti capitalistici e neocapitalistici di assoluto dominio dell'impresa nell'economia di mercato, apre spiragli per l'attuazione costituzionale del consenso sociale nell'ottica del contemperamento degli interessi intersoggettivi, teleologicamente orientato alla realizzazione di obiettivi di sussidiarietà e solidarietà economica tra le componenti sociali. Di qui probabilmente il "nervosismo" dell'imprenditorialità e della dottrina dominante all'indomani dell'approvazione della legge Finanziaria introduttiva della *class action*. È il classico e ritornante *refrain* dell'uguaglianza formale tirato in gioco per contrastare qualsivoglia riforma che abbia ad oggetto garanzie di compensazione sociale che valgano ad alleviare condizioni umane e giuridiche di soggetti socialmente più deboli; riforma che sia quindi di per se stessa oggetto di interventi di uguaglianza sostanziale (disparità di trattamento).

Ritornando all'azione collettiva, lo schema normativo prende ad oggetto "formazioni sociali" (art.2 Cost.) di gruppi di consumatori, verificatane la "serialità" degli interessi in gioco per garantirne la tutela "solidale" rispetto ad attività imprenditoriali lesive che la debolezza economica dei soggetti non riuscirebbe a contrastare. Possono così venir rimossi nell'azione collettiva anche ostacoli di ordine economico-sociale (art.3 Cost.), tutelandosi l'uguaglianza sostanziale nel mentre che viene contrastato il "rapporto economico" che lederebbe la libertà (di azione) e le libertà umane (art. 41 Cost.).

---

<sup>148</sup> Per un approfondimento tematico, R. DI RAIMO, [\*Contratto e gestione indiretta di servizi pubblici. Profili dell'«Autonomia negoziale» della pubblica amministrazione\*](#), Napoli 2000, *passim*.

Oggi in una società profondamente frammentata è mutata la tipologia delle “formazioni sociali” non più individuabile per automatica contrapposizione di storiche categorie sociali (proprietario- non proprietario, imprenditore-operaio; latifondista-coltivatore diretto), ma rapportabile a situazioni di fatto, anche casualmente coese, che vedono contrapposte alle grandi imprese, alle multinazionali, gruppi resi omogenei negli interessi (perciò “formazioni”), le nuove categorie di consumatori, utenti, difensori dell’ambiente e della salute. Ma la potenzialità dell’azione si estende anche laddove non sia soltanto in gioco l’unione quale momento rafforzativo della solidarietà, ma anche il temuto o avvenuto venir meno dei meccanismi di “sussidiarietà” costituzionale afferenti quindi, ad esempio, i servizi essenziali e i beni comuni (art.43 Cost.); in tal senso quindi l’azione collettiva potrà muoversi anche contro quegli enti territoriali cui è demandata l’azione sussidiaria.

Solidarietà e sussidiarietà (intesa quest’ultima quale criterio di riallocazione dei rischi e delle risorse, di limitazione dei costi sociali scaturenti dagli illeciti di massa, nonché di semplificazione dell’iter processuale accertativo della responsabilità) esprimono la portata sociale degli interventi, quali criteri di regolazione equitativa dei rapporti interprivatistici. La politica globale è il nodo che pone in luce l’esigenza della revisione dei segni distintivi della sfera privata rispetto a quella pubblica in cui gli interessi generali, l’utilità collettiva, la socialità dei rimedi soddisfattivi acquistano sempre più spazio, interferendo sul diritto del singolo privato, la composizione di interessi, la fruizione ed il benessere sociale, l’uguaglianza quale libertà reale della collettività.

Come già detto, nell’ambito delle nuove formazioni sociali, la solidarietà agisce al contempo quale solidarietà al sistema e quale criterio regolatore dei rapporti intersoggettivi, spiegando la strada a favore di concezioni tecnicistiche fondate su principi di responsabilità, alla luce dei rapporti intersoggettivi protagonisti del nuovo substrato socio-economico del diritto dell’economia.

18. L'azione collettiva introdotta nell'ordinamento si pone quale tecnica di tutela di posizioni di diritti soggettivi individuali, considerati nel duplice momento, genetico (singolarità) e funzionale (pluralità). L'istituto in esame si configura come strumento tecnico-processuale a garanzia di figure giuridico-sostanziali già esistenti, non istitutivo dunque di nuove categorie di posizioni individuali tutelabili.

Ci si pone così nell'ottica della possibilità operativa di nuove tecniche di tutela riconosciute e protette dal costituente nei principi fondamentali che rafforzano posizioni soggettive ritenute deboli.

È nel dettato della Carta fondamentale che si rinviene l'esigenza del riconoscimento di strumenti idonei a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale di fatto limitativi della libertà ed uguaglianza dei cittadini ed impeditivi del pieno sviluppo della persona umana e dell'effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (art. 3 Cost.).

La teleologia costituzionale non è meramente programmatica, "suggerendo" al contempo le strade da percorrere: le formazioni sociali ove si svolge la personalità umana, costituiscono momento di riconoscimento e garanzia dei diritti inviolabili, nonché attuativo di quei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale postulati dai principi costituzionali ed anche sussidiariamente protetti (art. 2 Cost.).

La *class action*, o meglio l'azione collettiva risarcitoria, viene a configurarsi, dunque, come un sistema collettivo a protezione di situazioni già operanti individualmente, attuativo del dettato costituzionale in tema di garanzie dei diritti fondamentali della persona e di conseguimento del consenso sociale.

È la "solitudine" in cui versa il soggetto nel momento valutativo ed attuativo del soddisfacimento del suo diritto, come anzidetto, a richiedere interventi rafforzativi della sua posizione: nell'azione collettiva risarcitoria solidarietà e sussidiarietà si fondono, non si manifestano attraverso formule operative alternative o sostitutive o integrative, agiscono in collegamento costante, l'uno nella scelta

dell'azione, l'altra nelle tecniche adottate. E ciò attraverso le *formazioni sociali*, la cui stessa etimologia fornisce chiarificazioni in termini di operatività nel senso della unione delle situazioni (di qui la differenza con le obbligazioni solidali in cui ciò che si riconosce è la comunione degli interessi): il “formare” evoca l'assenza di una autonomia concettuale, una fusione progressiva che porta a rendere equivalenti il bisogno dell'unione con la nascita o la preesistenza della formazione. La solidarietà opera internamente nei rapporti intersoggettivi, ma matura anche all'interno della formazione in rapporto costante con la sussidiarietà.

La nostra impostazione non rende condivisibili le conclusioni cui giunge quella dottrina (Giussani), che aderisce alla tesi della “frantumazione”, dell'asimmetria delle poste. Secondo quest'ultimo orientamento<sup>149</sup>, il miglior punto di partenza nell'indagine in ordine alla individuazione della *ratio* sottesa all'azione collettiva è costituito dall'analisi dell'asimmetria delle controversie tra parti abituali e parti occasionali (ciò in relazione all'abbattimento di ostacoli di fatto all'accesso alla giustizia): quando un conflitto verte intorno alla liceità della condotta di un soggetto – parte abituale – nei confronti di una pluralità di persone – parti occasionali rispetto a quel conflitto – ciascuna di queste ultime ha un interesse nella causa il cui valore corrisponde a quella frazione del contenzioso che la riguarda direttamente, mentre il comune avversario ha un interesse economico corrispondente al valore del contenzioso nel suo complesso.

Diversamente, come anticipato, se riteniamo condivisibili le premesse di una siffatta valutazione, non altrettanto possiamo affermare in relazione alle conclusioni. Il perdurare della frantumazione non può resistere nel momento funzionale-operativo dell'azione. Se è vero che la stessa può configurarsi nella fase genetica, dove gli interessi vengono valutati nella loro “solitudine”, la solidarietà della formazione rende operante

---

<sup>149</sup> cfr. A. GIUSSANI, *Enciclopedia del diritto*, voce *Azione collettiva*, in *Annali*, vol. I, Milano 2008, pag. 133.

l'unione, quale intervento rafforzativo delle singole posizioni sostanziali ed al contempo unico per la realizzazione della garanzia di tutela delle stesse.

L'azione collettiva per la dottrina suesposta viene a configurarsi quale temperamento all'asimmetria delle poste, partendo da una sfiducia nella capacità dei gruppi di coordinarsi per il conseguimento di un bene comune. Più precisamente l'incapacità è addebitata a difficoltà strutturali, nel senso che solo gruppi molto ridotti o molto coesi socialmente riescono ad organizzarsi spontaneamente in modo da assicurare che ciascuno dia il suo contributo al perseguimento dell'obiettivo.

A nostro avviso, una concezione di tal tipo regge nella misura in cui si aderisca ad un'idea rigida per categorie sociali: l'idea della formazione sociale, come ampiamente motivato nelle pagine precedenti, offre risposte ad ampio raggio, non confinabili alla risoluzione di problematiche socialmente vincolate, aprendo spiragli per l'attuazione di forme di tutela teleologicamente miranti alla realizzazione di garanzie afferenti i diritti della personalità, il consenso sociale.

La sfiducia nell'unione spontanea parte da presupposti di necessaria omogeneità sociale o ridotta quantità degli interessi in gioco per la realizzazione della stessa, laddove l'adesione alla teoria delle formazioni sociali si fonda sull'aspetto teleologico, sugli obiettivi da conseguire, che rendono possibili forme di collegamento anche occasionali, transeunti in cui è il dato assiologico a determinare la contingente afferenza dell'interesse al gruppo di riferimento; di qui i predicati di fluidità e malleabilità connotanti le formazioni sociali, non aprioristicamente componibili, come le categorie.

È per questo che non ci sembra condivisibile obliterare il momento dell'unione, che a noi sembra già configurabile nell'area naturale delle esigenze di tutela della solitudine del singolo, di cui l'azione collettiva costituisce il momento di riconoscimento



giuridico, non un espediente artificiale di coesione di interessi frammentati.

Non condividiamo pertanto la concezione che vede nelle azioni collettive un incentivo economico a farsi carico della protezione dell'intero gruppo, idoneo a prevalere sui controincentivi strutturali del contenzioso seriale, configurandosi, a nostro avviso, l'effetto economico quale conseguenza ulteriore di una risposta rafforzativa offerta dalla formazione sociale alla "solitudine" della posizione individuale, che non configuriamo come uno sforzo ("farsi carico"), un momento utilitaristico (convenienza economica), bensì un momento di convergenza tra solidarietà e sussidiarietà quali interventi costituzionalmente postulati dalla garanzia dei diritti della personalità e dell'attuazione del consenso sociale (artt. 2 e 3 Cost.).

19. L'ontologia delle *class actions*, quali azioni processuali di gruppo connotanti l'esperienza giuridica americana, si realizza nella gestione diffusa di interessi di natura individuale, cui sono ascrivibili i predicati di omogeneità ed isomorfismo. Più precisamente, la *class action* costituisce uno strumento legale capace di conferire tutela a diritti ed interessi afferenti ad una moltitudine di soggetti lesi da condotte plurioffensive, laddove il danno sofferto dal singolo sarebbe insufficiente a giustificare l'esercizio di un'azione individuale.

Lo schema operativo di tale modello di azione è strutturato sulla instaurazione di un processo che vede quale attore un singolo, agente per se stesso e per la c.d. classe, la cui esatta composizione viene sostanzialmente definita con il concorso del giudice in sede di *certification* dell'azione di gruppo.

L'ammissione di siffatta tutela, successiva all'empirica valutazione giudiziale dei presupposti positivizzati dal referente normativo in materia della *Federal Rule of Civil Procedure* 23, comporta l'estensione della portata degli effetti ascrivibili al giudicato all'intera classe.

L'individuo che agisce in rappresentanza di coloro che potenzialmente andrebbero a comporre la classe, si afferma titolare di una posizione giuridica omogenea a quella dei futuri *members* (a fondamento della azione esperita vengono poste questioni di fatto o di diritto comuni agli altri); la tipologia di azione promossa dal *representative plaintiff* deve coincidere con quella dei membri che ambisce a rappresentare; inoltre il numero dei soggetti titolari di posizioni soggettive omogenee deve avere una portata tale da rendere impossibile la loro effettiva partecipazione al processo (*numerosity*). Un ulteriore elemento essenziale consiste nell'adequatezza rappresentativa dell'attore rispetto agli interessi della classe (è questo poi l'aspetto determinante l'estensione della portata soggettiva del giudicato). Nelle *class actions* americane l'afferenza degli interessi al gruppo viene sostanzialmente imposta dalle leggi di mercato. Non si conferisce rilevanza alla volontà dei singoli, né particolare considerazione assume l'elemento dell'utilità-vantaggio conseguibile dagli stessi rispetto all'estensione degli effetti dell'azione. La dimensione seriale è imposta dall'alto, diversamente da quanto avviene all'interno del modulo processuale collettivo.

All'uopo, soprascedendo sulle precisazioni operative dell'istituto che postulerebbe un'ampia trattazione dell'argomento, preme in tal sede puntualizzare la differente prospettiva di tutela offerta dal modello processuale introdotto in Italia nel provvedimento contenuto in Finanziaria. Siamo in presenza di un'azione collettiva, facente capo alle associazioni, legislativamente riferibile al modello di azioni collettive inibitorie già tipizzate nel Codice del Consumo e che si arricchiscono dell'effetto risarcitorio che mirano a garantire. Solo impropriamente, dunque è stata ascritta la qualificazione di *class action* allo strumento giuridico-processuale *de quo*. L'ente attore, costituisce centro di imputazione di interessi facenti capo ad una collettività di individui, non è titolare di una posizione giuridica individuale omogenea a quella dei singoli soggetti danneggiati

(come avviene nell'azione di classe), né si avvale dei medesimi strumenti processuali loro riservati.

Il modello scelto, dunque, non conferisce al singolo leso nella sua posizione giuridica la legittimazione ad avvalersi di un'azione giuridica processuale idonea a tutelare interessi soggettivamente plurimi (afferenti alla c.d. classe), con la conseguente portata corale del giudicato. L'attore collettivo agisce per la tutela di una propria posizione giuridica soggettiva (interesse collettivo o "diritto collettivo"): in relazione a questo aspetto la giurisprudenza sembra propendere per una legittimazione ordinaria dell'ente.

La tecnica processuale scelta dal legislatore agisce come intervento solidale e sussidiario alla "solitudine" del singolo. La prospettiva operativa è completamente rovesciata rispetto all'azione di classe. Non si ha creazione di un modello artificioso costruttivo di un coagulo di interessi omogenei, ma un intervento giuridico-sociale rafforzativo di posizioni individuali, altrimenti isolatamente tutelate. La tesi delle formazioni sociali opera in una prospettiva solidaristico-equitativa, nella quale il ruolo sussidiario dello Stato trova il suo naturale approdo.

Un'ultima precisazione si rende opportuna. Il carattere risarcitorio del rimedio introdotto con la Finanziaria costituisce una profonda novità per il nostro sistema: la stessa espressione usata dal legislatore all'art. 2 comma 445°, l. n. 244/07, "nuovo strumento generale di tutela", ne costituisce una conferma.

20. Le considerazioni appena esposte fanno da sfondo al referente normativo fondamentale, in tema di studi sulle *class actions*, della *Federal Rules of Civil Procedure* 23.

La formulazione dell'impianto normativo, così come riveduto alla luce della novella del 1966<sup>150</sup> (delle novazioni legislative più recenti si farà cenno di qui a breve), prevede un'articolazione in

---

<sup>150</sup> La *Rule* 23 riformata entra in vigore il 1° luglio 1966, articolandosi in cinque sottosezioni, cui vanno aggiunte le *Federal Rules of Civil Procedure* 23.1 e 23.2, relative alle *shareholders' derivative actions* e alle *unincorporated associations*.

sottosezioni, cui sono sussumibili le diverse fattispecie sostanziali. Il testo, prodromicamente alla catalogazione in paragrafi dei casi verificabili, prevede la tipizzazione *sub specie iuris* dei requisiti essenziali, ontologicamente necessari ma non sufficienti, ai fini dell'individuazione della classe come tale.

Tale determinazione delimita i confini entro cui il giudice esercita la *discretion* afferente alla delimitazione dell'area di appartenenza alla classe. La funzione guida dei parametri nell'operazione valutativa del giudice consente possa parlarsi, in tal senso, di discrezionalità legislativamente orientata.

Occorre *in primis* (è alla sottosezione *a*) che sono riconducibili i requisiti generali) accertare la numerosità dei componenti il gruppo ovvero l'impraticabilità della partecipazione formale di tutti al giudizio dovuta all'eccessiva mole quantitativa degli interessati.

In secondo luogo oggetto di valutazione sarà la interdipendenza delle situazioni giuridiche azionate sulla base del requisito della comunanza di questioni di diritto o di fatto e quindi sull'incidenza della risoluzione delle stesse in relazione alle pretese di cui i membri sono titolari.

Ulteriore requisito è rappresentato dall'isomorfismo delle situazioni soggettive, indice della coesione delle stesse, attraverso una verifica di tipicità (*rectius* ascrivibilità alla classe come tale) delle domande e delle eccezioni proposte dal *counsel representative*.

Inoltre il giudice sottoporrà al vaglio empirico *l'adequacy of representation* del *representative*, ovvero l'idoneità protettiva, nonché l'adequatezza espressivo-esponenziale dell'interesse rappresentato in giudizio in relazione a quello degli appartenenti alla classe.

La successiva sottosezione (individuata come sottosezione *b*)), recependo l'impianto pragmatico riformatore di cui si è precedentemente fatto cenno, introduce una nuova tripartizione delle tipologie processuali di *class actions*. Più precisamente la sottosezione si articola in tre paragrafi operanti una prima tipizzazione delle possibili fattispecie.

Alla prima categoria vanno ricondotte le fattispecie in stretta correlazione con le ipotesi di litisconsorzio necessario<sup>151</sup> (alla luce della rielaborazione, con la novella del 1966, della disciplina della pluralità di parti nel processo civile<sup>152</sup>).

Il profilo innovativo concerne l'esplicita previsione della possibilità di pretermettere i litisconsorzi necessari non convenibili in giudizio, subordinatamente ad una adeguata giustificazione.

In tali ipotesi l'azione in forma rappresentativa copre un duplice ordine di casi empirici: *in primis* laddove la controparte della classe è deonticamente tenuta ad un comportamento conforme nei confronti dei suoi componenti ed ha interesse alla risoluzione della lite in un unico senso; in secondo luogo laddove la risoluzione della controversia rispetto a taluni soltanto dei litisconsorzi altererebbe o impedirebbe la capacità di proteggere gli interessi degli altri, comportandone un pregiudizio (es. insolvenza di un debitore comune).

La seconda categoria di *class actions* trova la sua genesi nell'esperienza giurisprudenziale in tema di *civil right actions*, in cui la funzione prodromica dell'*injunction*, ovvero la richiesta di *declaratory judgements* costituisce il momento discrezionale di tale tipologia giudiziale.

All'ultimo tassello della ricostruzione normativa della *Federal Rule 23* appartiene la previsione di casi analogicamente collegabili alla tipologia di *spurious class* prevista dall'articolazione tassonomica di *Moore*.

Le esigenze di economia processuale costituiscono lo spirito che anima la vita empirica di siffatta tipologia di azione, la cui

---

<sup>151</sup> Si cfr. KAPLAN, , *Continuing work*, cit, p.389.

<sup>152</sup> In proposito si rende opportuno il confronto con la contestuale riformulazione della *Federal Rule of Civil Procedure 19*, rubricata "*Joinder of persons needed for just adjudication*", di cui è riportata una sintesi efficace in A. GIUSSANI, *Studi sulle Class Actions*, Pavia 1996, p.64 ss.

innovatività è stata, perlopiù apoditticamente, sostenuta da *Kaplan*, presidente dell'*Advisory Committee's notes*<sup>153</sup>.

L'azionabilità in forma rappresentativa, postulante una valutazione assiologica prevalente della comunanza delle questioni sull'individualità delle stesse, costituisce l'antidoto alla problematica risoluzione delle controversie in misura equa ed efficiente.

L'approdo sillogistico alla trattazione in forma rappresentativa è preceduto, inoltre, da ulteriori valutazioni concernenti l'interesse all'azione individuale, la maggiore o minore difficoltà, nonché i vantaggi rispetto a quest'ultima, le opportunità derogatorie della competenza, la contemporanea pendenza di più azioni individuali<sup>154</sup>.

La sottosezione c) della *Federal Rule 23* è dedicata alla disciplina di un istituto fondamentale nell'evoluzione delle *class actions*, ovvero l'autorizzazione a procedere in forma rappresentativa, la c.d. *certification*<sup>155</sup>.

Una volta determinatosi in ordine all'*an* della certificazione dell'azione come azione di gruppo, il giudice fornisce descrizione delle caratteristiche individuali appartenenti alla classe, nonché degli elementi cognitivi, seppur sommari, a supporto dell'inquadramento dell'azione nell'area normativa positivizzata nella precedente sottosezione della *Rule* di cui si discorre.

Dalla lettura della normativa in tema di *certification* emerge un chiaro *favor* per la trattazione della causa in forma rappresentativa, postulante un attivismo giudiziale alquanto marcato rispetto agli

<sup>153</sup>Il cui commento ufficioso alla relazione (*Continuing work*) è stato precedentemente citato.

<sup>154</sup>Cfr. i punti A-D paragrafo b punto 3, *Federal Rule of Civil Procedure 23*.

<sup>155</sup>È una delle fasi principali della procedura, in cui viene valutato il *petitum* giustificativo del coinvolgimento superindividuale degli interessi di cui il rappresentante si fa portatore; circa le problematiche in ordine all'imputazione della pluralità di interessi quale humus prodromico alla *certification*, si cfr. S. PATTI, *L'esperienza delle class actions in due libri recenti*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1979, pp.1565; ivi l'autore discorre del fenomeno di "...autoriconoscimento della qualità di rappresentante che non ha bisogno della ratifica da parte degli interessati".

ordinari parametri di *common law*, teleologicamente orientato alla tutela degli interessi degli assenti.

Ci si riferisce ai poteri giudiziali limitativi dell'oggetto del giudizio "di gruppo" alle sole *quaestiones* comuni agli appartenenti alla classe, quali diritti *in rem* o diritti adeguatamente supportati dall'interesse sostanziale espressione dello strumento rappresentativo, nonché ai poteri di subordinazione dell'ordine di certificazione dell'azione alla chiamata in causa di altri soggetti la cui partecipazione al giudizio conferisca un grado di adeguatezza migliore alla rappresentanza; ed ancora, all'opportunità di suddividere la classe in sottoclassi corrispondenti ad interessi non suscettibili di *reductio ad unum*, specie nei casi di valutazione negativa quanto all'isomorfismo delle pretese giudiziali azionate<sup>156</sup>.

Infine, è rilevante ricordare il potere del giudice di modificare d'ufficio la *certification* nel perseguimento del fine di garantire una migliore adeguatezza della rappresentanza<sup>157</sup>.

Nell'ambito della medesima sottosezione vengono espressamente disciplinati gli effetti del giudicato (disposizione assente nella *Moore Rule*) in correlazione all'istituto della *certification*.

All'uopo si rivela illuminante la lettura della relazione ufficiale dell'*Advisory Committee's notes* ed il commento ufficioso del suo Presidente Kaplan (*Continuing work of the civil Committee*)<sup>158</sup>. Ivi si riconosce la possibilità di una valutazione giudiziale *a posteriori* degli effetti del giudicato in relazione ad ogni membro della classe che non abbia partecipato direttamente al giudizio, senza che ciò spogli la *certification* del ruolo determinativo dei limiti soggettivi di efficacia della pronuncia.

Seguendo ancora la scia delle indicazioni della *Moore Rule* in merito, la delimitazione degli effetti del giudicato è correlata all'articolazione tassonomica delle varie *class actions* con conseguenti

---

<sup>156</sup> KAPLAN, *Continuing work*, cit, p.390.

<sup>157</sup> Si cfr. il dato normativo della *Rule 23*.

<sup>158</sup> Al documento si è già rinviato per le determinazioni tassonomiche.

effetti estensivi circoscritti alle sole ipotesi di litisconsorzio necessario, provvedimenti inibitori o *declaratory judgement*, laddove la *certification* inquadrante la categoria giustificata dalla sola funzione economico-processuale consente l'esercizio del diritto di autoescludersi<sup>159</sup> dalla classe, garante della cui effettività è una notificazione (*notice*) non necessariamente formale (c.d. *Informing (though informal)*), contenente l'indicazione del termine perentorio, nonché la precisazione, nel caso di mancato esercizio dello stesso, della vincolatività del giudicato e la comunicazione della possibilità di comparire in giudizio tramite un difensore (c.d. *appearance*)<sup>160</sup>.

Come si evince dal *Continuing work*, la funzione del difensore è funzionalizzata a fini informativi in ordine all'eventualità dell'autoesclusione, essendo riservato ai poteri del *class member* inadeguatamente rappresentato l'esercizio di veri e propri interventi in senso pieno (*intervention of right*)<sup>161</sup>.

All'uopo la relazione ufficiale dell'*Advisory Committee's notes* ritiene sufficiente il rischio di un pregiudizio pratico, quale appunto quello derivante dalla pronuncia di una decisione anche non vincolante.

È a nostro avviso opportuno osservare la scelta compromissoria dei riformatori del 1966 sottesa alla positivizzazione del sistema della *Rule 23 (b) (3)*: la *notice (informal)* agli assenti si pone quale espediente giustificativo degli effetti estensivi del giudicato nella misura in cui il medesimo effetto non poteva farsi discendere dalle *common questions class*.

La residualità di quest'ultima categoria di *class actions*, la cui disciplina risulta applicabile solo per inadeguatezza di inquadramento tassonomico nelle due precedenti, è indice rivelatore di una soluzione poco soddisfattiva sotto il profilo empirico.

Basti osservare, oltre che dalla lettura del commento alla relazione ufficiale (*Continuing work*) la continenza della *Rule (b) (3)*

---

<sup>159</sup> È il noto diritto di *opt-out*.

<sup>160</sup> A. GIUSSANI, *Studi sulle Class Actions*, cit., p.69 ss

<sup>161</sup> Si cfr. la *Rule 24*.



rispetto alla *Rule (b) (1) e (2)* per la ridondanza tassonomica dei suoi presupposti.

La quarta sottosezione positivizza i poteri giudiziali esercitabili in corso di causa, teleologicamente orientati perlopiù alla tutela degli assenti. Ci si riferisce agli obblighi informativi ai membri della classe o agli organi pubblici interessati degli sviluppi processuali, nonché all'attivazione giudiziale delle facoltà di revoca della *certification* a tutela dell'adeguatezza della rappresentanza; ed ancora, alle misure estensive e restrittive del quadro probatorio funzionali all'efficienza processuale.

Limitatamente alle fattispecie implicanti la definizione in rito del giudizio per rinunzia, inattività delle parti, difetto di giurisdizione o competenza, la *Rule 23* alla quinta sottosezione prevede obblighi di *notice* (sempre informale) ai componenti della classe.

L'impianto normativo in esame si conclude con la disciplina relativa alla nomina dei consulenti legali della *class*, nonché ai relativi premi.

Per completezza va ricordata la disciplina della *Federal Rule of Civil Procedure 23.1*, relativa all'azione surrogatoria dell'azionista di società, in cui la legittimazione ad agire è limitata a coloro che fossero azionisti al momento del sorgere della controversia ed ai loro immediati aventi causa, nonché la disciplina della *Federal Rule 23.2*, sanciente l'applicabilità delle regole rappresentative delle *class actions* alle *unincorporated associations*.

21. La disciplina delle *class actions* appena descritta ha subito di recente importanti modifiche quanto ai criteri di ripartizione delle competenze tra Corti statali e federali, in relazione ad azioni di una certa rilevanza quantitativa. Ci si riferisce al *Class Action Fairness Act* del 2005, normativa che nel determinare una notevole espansione della *diversity jurisdiction* dei giudici federali, si propone di risolvere le problematiche originate da un sempre maggiore "*lawsuite abuse*" nel

sistema giudiziario nordamericano. È da rilevare che già da tempo il Congresso e l'intero sistema politico nordamericano avevano espresso la volontà di “federalizzare le *class actions*” per neutralizzare le pratiche abusive dovute all'esercizio del c.d. *forum shopping*, implicante nella maggior parte dei casi la scelta di Corti c.d. *friendly forum* nella garanzia di risarcimenti notevoli, essendo possibile, in base alle regole ordinarie sulla competenza, proporre l'azione dinanzi alle Corti di qualsiasi Stato in cui il danno si è verificato.

A titolo esemplificativo è da ricordare il tentativo di riforma proposto dal Congresso con l'introduzione della possibilità per i convenuti di trasferire determinati casi dalle Corti statali a quelle federali entro il limite temporale di un anno dalla proposizione dell'azione<sup>162</sup>.

Successivamente alla formulazione di molteplici proposte, sotto la spinta del Presidente *Bush*, nell'ottica di un generale piano di riforma del sistema giudiziario, nel febbraio 2005 ha trovato emanazione la legge in esame.

La *Section 4 del CAFA 2005*, nel novellare il testo del *United States Code*<sup>163</sup> tipicizza *in primis* i requisiti di base per l'estensione delle *class actions* alla *diversity jurisdiction*; ovvero la composizione numerica di almeno cento membri per la classe, nonché il valore globale della controversia superiore a cinque milioni di dollari.

Inoltre è richiesta l'appartenenza di almeno un membro della classe ad uno Stato diverso rispetto ad un convenuto, la qualità di Stato straniero o di cittadino di uno Stato straniero di almeno un membro della classe congiuntamente alla qualità di cittadino di uno Stato federato di un convenuto, nonché l'inverso.

Eccezioni a tale regola di competenza delle Corti federali si rinvencono nelle *home state exceptions*, in cui è previsto un *mandatory*

---

<sup>162</sup> V.V.E.SCHWARTZ – M.A. BEHRENS – L. LORBER, *Tort reform past, present and future: solve old problem and dealing with “new style” litigation*, in 27 *nm. Mitchell L. Rev.*, 2000, 265, in L. FRATA, *Il CAFA of 2005: problemi e prospettive*, in *Danno e responsabilità*, n. 1/2006, p.14 nt. 6.

<sup>163</sup> La modifica riguarda il paragrafo 1332 del titolo 28 del U.S.C.

*remand*, ovvero la rimessione della causa dalla *District Court* alla corte statale, nel caso in cui almeno 2/3 dei membri della *class* ed il convenuto principale siano cittadini dello Stato in cui l'azione era stata originariamente proposta. È consentito un *discretionary remand*, laddove il numero dei membri della classe è compreso tra 1/3 e 2/3<sup>164</sup>.

La previsione di una valutazione discrezionale della Corte trova la propria *ratio* giustificatrice in esigenze di giustizia sostanziale modulate dalle circostanze rilevanti del caso empirico, dovendosi considerare vari fattori tra cui la natura dell'interesse (statale o interstatale) sotteso alle questioni oggetto delle pretese azionate, le leggi dello Stato, in cui la causa era stata inizialmente proposta, regolatrici delle pretese medesime, nonché le modalità di proposizione delle *class actions* evocative della volontà di evitare o meno la giurisdizione federale.

L'altra eccezione è costituita dalle c.d. *local controversy exceptions*. In base a siffatte regole la rimessione della causa alla Corte statale dalla *District Court* è "dovuta" (siamo cioè in assenza di un *discretionary remand*) nei casi di sussistenza di date condizioni, quali: qualità di cittadini dello Stato di originaria proposizione dell'azione attribuibile a più di 2/3 dei membri della classe; principale area di verifica dei danni identificabile in tale Stato; mancata proposizione nel triennio precedente alla proposizione dell'azione di una *class action* simile contro alcuni dei convenuti; cittadinanza dello Stato in cui la causa è stata originariamente proposta di almeno un convenuto nei confronti del quale la classe avanza una pretesa risarcitoria consistente e la cui condotta costituisce una base significativa per la pretesa.

La *ratio* delle disposizioni volte alla neutralizzazione delle inefficienze giudiziarie discendenti dall'esercizio del *forum shopping*, nonché della tendenza *pro-plaintiff* delle Corti statali, è resa ancor più

---

<sup>164</sup> Sul punto si veda L.FRATA, *Il CAFA of 2005*, cit., p.15 ss.

evidente dalla espressa previsione di un controllo delle *Courts of Appeal* circa l'ordine di concessione o negazione del rinvio di una *class action* da parte di una *District Court*; previsione questa che ricopre una significativa valenza assiologica, specie alla luce del precedente dato della necessaria presenza di precise circostanze a giustificazione di un *interlocutory review* dei *remand orders*.

L'attenzione del Congresso per la garanzia di effettivo ristoro delle pretese risarcitorie dei *class members* si traduce nelle disposizioni del CAFA, sancenti un controllo giudiziale dei *coupon settlements* rispetto ai parametri di equità, ragionevolezza ed adeguatezza per la classe; in ciò l'impronta della *Rule 23* in tema di poteri giudiziali di revisione delle transazioni.

L'introduzione di un "*Consumer Class Action Bill of Rights*", inoltre conferma l'intenzione del legislatore di rimuovere lo squilibrio intercorrente tra l'irrisorietà dei risarcimenti e l'eccessiva onerosità degli onorari per gli avvocati, con la previsione di parametri computazionali degli onorari riferibili ai valori dei *coupons* assegnati, al dato temporale dell'attenzione dedicata al caso, nonché alla combinazione delle due metodologie di calcolo. Rientra nelle competenze discrezionali giudiziali la possibilità di rivolgersi ad esperti per la puntuale determinazione del valore dei *coupons* per i *class members*.

L'impianto legislativo esaminato ha suscitato non pochi interrogativi in ordine all'impatto empirico che ne può discendere.

Già in sede politica, la dottrina<sup>165</sup> ha rilevato gli orientamenti osteggianti la riforma tanto sul fronte democratico (la relazione del senatore R. Durbin in proposito suggeriva potesse parlarsi di *Class Action Moratorium Act*), quanto dall'opposizione che ha letto nella novella una forma di estremizzazione dell'impianto giudiziario statunitense pregiudizievole per le Corti statali, ma non meno per le Corti federali. La federalizzazione che il CAFA impone, concernendo la maggior parte dei casi di *class actions*, secondo siffatti

---

<sup>165</sup> Cfr. L. FRATA, *Il CafA 2005*, cit.

orientamenti<sup>166</sup> può determinare serie conseguenze in termini di appiattimento normativo inteso quale riduzione dei confini di diversificazione legislativa postulati dal settore dello *State law*, nonché in termini di contributo evolutivo nella formazione del diritto applicabile, nella misura in cui si consideri la riluttanza dei giudici federali all'applicazione della legge statale a nuove ipotesi empiricamente verificabili, con conseguente riduzione delle aspettative probabilistiche risarcitorie per quelle situazioni non ricoperte da una valutazione di "tipicità".

Inoltre, va tenuta in particolare considerazione la stretta correlazione della novella in esame con l'impostazione tassonomica della disciplina federale precedentemente messa in rilievo nella nostra indagine: i requisiti tipizzati dalla *Rule 23*, ontologicamente indispensabili per la configurazione della "classe" come tale e per il conferimento dell'ordine di certificazione (che ne diviene logico e naturale corollario), impongono una valutazione giudiziale federale restrittiva con effetti preclusivi ad una tendenza incentivante la proposizione di azioni in forma rappresentativa.

Serie perplessità su un impatto efficiente della riforma sono sollevate dal fattore del generoso carico giudiziario già connotante l'attività delle Corti federali, nonché le modalità di investitura delle stesse (nomina del Presidente degli Stati Uniti), implicanti un maggior grado di arbitrarietà in termini decisionali, tanto risolutori quanto discretivi nella determinazione di *frivolous lawsuits* e pretese meritevoli.

Né si può ignorare l'osservazione proposta da parte della dottrina<sup>167</sup> che ha visto nell'approvazione del CAFA un'occasione mancata per incidere realmente sulle inefficienze derivanti dalle *class*

---

<sup>166</sup> Il rinvio è agli autori R.A. SEDLER e A.D. TWERSKI, *State choice of law in mass tort cases: a response to "a view from the legislature"*, in 148 U.Pa. L. Rev., 2000, 2263, richiamati da L. FRATA, *Il CAFA of 2005*, cit, p.16.

<sup>167</sup> C. PONCIBO', *La controriforma delle class actions*, in Danno e Responsabilità, n. 2/2006, p.129.

*actions*, non ricollegabili all'istituto processuale in sé, ma ad un elemento dell'organizzazione forense statunitense, ovvero al carattere imprenditoriale della professione legale ed al sistema dei *contingent's fees*.

All'uopo, un intervento legislativo rivoluzionario potrebbe valutare tra gli obiettivi da perseguire, l'importanza dell'incidenza nella dinamica delle relazioni dei soggetti coinvolti.

In questa direzione si rivelano interessanti le osservazioni di uno dei maggiori esponenti in tema di studi sulla responsabilità civile, G.L.Priest<sup>168</sup>, che suonano come un monito al legislatore alla non riducibilità delle problematiche poste dalle *class actions* al solo livello procedurale, rendendosi opportuna ed indispensabile un'analisi incentrata sui profili sostanziali.

Soprascedendo sui numerosi spunti di approfondimento, cui in tal sede è stato possibile il solo richiamo, la nostra indagine va ad indirizzarsi sulla funzionalità teleologica dell'oggetto del nostro studio e conseguentemente sulla *ratio* legislativa italiana in merito all'introduzione dello stesso, tenendo conto dei limiti di traducibilità dell'istituto statunitense nel linguaggio di un ordinamento di *civil law*.

22. Una delle principali finalità ascrivibili allo strumento processuale in esame sostenuto dalla dottrina più moderna (specie dalla comparatistica italiana<sup>169</sup>) consiste nella garanzia di attuazione del diritto sostanziale e dell'uniformità delle decisioni. Si ritiene cioè che le *class actions* siano in grado di offrire un'adeguata risposta alle esigenze tipiche del capitalismo avanzato<sup>170</sup>, che postulano il

---

<sup>168</sup> Cfr. PRIEST, *Tackling tort reform*, disponibile sul sito [www.law.yale.edu](http://www.law.yale.edu); L. FRATA, *Il CAFA of 2005*, cit, p.20.

<sup>169</sup> Cfr. V. VIGORITI, *Interessi collettivi*, cit, pp.255 ss.; M.CAPPELLETTI, *Dimensioni della giustizia*, Padova 1976, p.86 ss.

<sup>170</sup> Per un'ampia ed approfondita contestualizzazione dell'atteggiarsi della fenomenologia giuridica rispetto alla globalizzazione postulata dall'attuale

superamento di una frammentata visione processuale individualistica per rispondere alle conseguenze della massificazione e della crescente complessità dei sistemi di produzione e di distribuzione, in modo da tutelare i diritti di gruppi come, ad esempio, quello dei consumatori<sup>171</sup>. Ovviamente questo aspetto va correlato all'organizzazione giudiziaria di riferimento, non potendosi ignorare gli elementi discretivi di un sistema di *common law* da uno di *civil law*, specie con riferimento ai poteri probatori strumentali alle modalità di accertamento della situazione sostanziale (si pensi all'ammissibilità di un procedimento inferenziale probante per la classe unitariamente considerata ma non rispetto al singolo membro o di un procedimento indiziario corroborato dall'elaborazione statistica della frequenza degli eventi-danno<sup>172</sup>) ed al bilanciamento dei valori perseguiti dal processo. L'interesse che suscita un profilo del genere coinvolge problematiche di ampio respiro, quali quelle correlate ad un possibile procedimento di semplificazione delle fattispecie fonti di responsabilità<sup>173</sup>.

Non di minor rilievo sono le finalità di garanzia di accesso alla giustizia per quei soggetti che in condizioni di "asimmetria" (correlata a varie ragioni, tanto potendosi discorrere di asimmetrie informative, quanto economiche, etc.) trovano nello strumento processuale in esame un'opportunità competitiva nei confronti di una controparte organizzata<sup>174</sup>.

---

capitalismo, si cfr. F.LUCARELLI, *L'operatore giuridico – la forma dell'acqua*, Modena 2006, pp.15 ss.

<sup>171</sup> Così A. GIUSSANI, *Studi sulle class actions*, cit., p.130 ss.

<sup>172</sup> Cfr. A. GIUSSANI, *ult. op. cit.*, p.156.

<sup>173</sup> Specie con riferimento all' *onus probandi* nei termini del nesso di causalità.

<sup>174</sup> Sull'opportunità di adeguamento delle tecniche di tutela all'affermarsi dei c.d. "nuovi diritti", si cfr. F.LUCARELLI, *L'operatore giuridico – la forma dell'acqua*, cit, pp.127 ss.

Difatti, inserite in una prospettiva più generale, le *class actions* si atteggianno a strumento di politica economica teleologicamente funzionale alla regolazione degli equilibri di mercato, nell'ottica del controllo e della responsabilità sociale dell'impresa verso i soggetti che ne costituiscono i naturali interlocutori. Appare evidente che una maggiore effettività sanzionatoria sotto il profilo risarcitorio e conseguentemente sul piano essenzialmente civilistico dell'attività pregiudizievole degli attori forti del mercato risponde proprio all'esigenza di sviluppo di processi virtuosi di socializzazione dell'impresa (c.d. eticità dell'impresa), in realtà economiche sempre più ampie, fisiologicamente postulanti l'istituzionalizzazione di strumenti e regole sul terreno della tutela di posizioni soggettive giuridicamente rilevanti.

In tal sede si può solamente porre in rilievo la necessità di realizzazione di un processo dinamico di acquisizione progressiva di orizzonti sempre più avanzati e propulsivi di un confronto dialettico dei soggetti che partecipano a vario titolo alle attività economiche, attraverso garanzie di partecipazione attiva degli stessi che ne rilevino e contemperino esigenze ed interessi. Ed in ciò, l'istituto processuale oggetto del nostro studio, appare particolarmente proficuo, nella misura in cui se ne colgano le potenzialità deterrenti, capaci di coniugare la responsabilità sociale dell'attività imprenditoriale con la irrinunciabile esigenza di uno sviluppo produttivo compatibile con la realtà globalizzata.

Nello iato tra pluralità e frammentazione dei pregiudizi cagionati nella fornitura di beni e servizi di massa<sup>175</sup> ed inadeguatezza degli strumenti processuali risarcitori individuali, si coglie l'importanza di una chiave di lettura ermeneutica che tenga conto dell'interazione dell'operato imprenditoriale con un tessuto sociale che si apre a soggetti esterni, i c.d. *stakeholders* (organizzazioni non governative, sindacati, mass-media,...) che non consente l'isolata considerazione

---

<sup>175</sup> Per un'analisi sul punto, P.MARTINELLO, *La class action, in Consumatori, Diritto e Mercato*, n. 1/2006, p.91 ss.



degli interessi in gioco, ma richiede nuovi percorsi e strumenti coerenti con uno sviluppo sostenibile per la collettività.

Nell'ottica di un'analisi economica del diritto, l'effetto deterrente riconducibile alle *class actions* trascende, così, le immediate funzioni attuative delle norme sostanziali, per assolvere ad obiettivi di notevole rilevanza sociale traducibili nella riallocazione dei rischi e delle risorse (sussidiarietà), nonché nella limitazione dei costi sociali conseguenti agli illeciti di massa (solidarietà).

Qui il discorso si apre a prospettive più ampie, investendo l'area della responsabilità nei c.d. *mass torts*, nonché le problematiche afferenti all'istituto dei c.d. *punitive damages* con le connesse problematiche circa l'azione repressiva e specialpreventiva ad esso ascrivibile. Non potendo in tal sede analizzarne la disciplina ovvero la vita empirica nell'evoluzione giurisprudenziale statunitense, ci sembra comunque opportuno il riferimento nella misura in cui lo si rapporti alla teleologia sottesa allo strumento processuale oggetto della nostra indagine. Non a caso la dottrina si è da sempre orientata per uno studio sincronico degli istituti suddetti<sup>176</sup>.

Tra le diverse finalità attribuite alle *class actions* figurano inoltre il favor per l'uniformità delle decisioni, nonché le esigenze di economia processuale.

Sul primo aspetto è bene precisare che la dottrina<sup>177</sup> in riferimento al sistema statunitense si è posta in una prospettiva alquanto critica, considerandolo un epifenomeno e motivando siffatto epiteto tanto in relazione all'organizzazione giudiziaria americana (cfr. sistema di tipo paritario, ruolo del precedente giudiziario nell'ambito del sistema delle fonti,..) quanto in ragione dell'esistenza di un meccanismo autoescludente, il c.d. *opt-out*. Di

---

<sup>176</sup> P. CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, in *Contratto e Impresa*, Bologna 1989, p.891; F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette*, in *Contratto e Impresa*, Bologna 1997 p.531; A. GIUSSANI, *Le mass tort class action*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1988, p.33; G.C. HAZARD e M. TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna 1993; C. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, I, p.435.

<sup>177</sup> A. GIUSSANI, *Studi sulle class actions*, cit. p.190 ss.

qui a breve si discorrerà dell'importanza assunta da suddetto *thèlos* tra gli obiettivi del legislatore italiano per l'introduzione dello strumento processuale in esame.

Quanto all'economicità processuale cui le *class actions* assolverebbero, la dottrina statunitense appare alquanto pacifica e maggioritaria sul punto. Gli argomenti che ne sono fondamento fanno sì che la funzione in questione assurga ad uno dei criteri interpretativi pragmatici fondamentali della disciplina processuale americana. Anche questo elemento colora le motivazioni presenti nelle relazioni di accompagnamento ai vari progetti legislativi italiani<sup>178</sup> che si erano elaborati prima della conclusiva approvazione della Finanziaria, con l'esplicita menzione dell'effetto c.d. "*floodgate*"<sup>179</sup> (congestionamento della macchina giudiziaria) che le *class actions* mirerebbero a neutralizzare.

Per completezza, non si può omettere che nella peculiarità dell'organizzazione giudiziaria statunitense, la dottrina<sup>180</sup> non manca di rilevare come anche questo aspetto assuma contorni più specifici nella misura in cui lo si rapporti alla diversa esigenza del c.d. *Judicial restraint*, vero e proprio strumento selettivo delle controversie, spesso giustificato in ragione della concorrenza delle giurisdizioni statale e federale. Più che di economia processuale, si è parlato in siffatti casi di "ritrosia processuale", nonché "avarizia processuale"<sup>181</sup>. Pur non potendo soffermarci sui numerosi aspetti critici al riguardo (si pensi, solo a titolo esemplificativo, alla problematica concernente la giustificazione della possibilità dell'*opt-*

<sup>178</sup> Per tutti si cfr. relazione di accompagnamento alla proposta governativa AC1495, XV legislatura., 27 luglio 2006.

<sup>179</sup> Cfr. ad es. Relazione di accompagnamento alla proposta di L. n.1662 (XV legislatura- iniziativa BUEMI ed altri) «Introduzione dell'art. 141 bis del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n.206, in materia di "*class action*"», presentata il 19-9-2006.

<sup>180</sup> Così A.GIUSSANI, Studi sulle *class actions*, cit., p. 196 ss.

<sup>181</sup> cfr. A.GIUSSANI ult. op. cit., nonché MILLER, The adversary sistem, 69, Minnesota L.R., 1984,pp.1 ss.

*out* in relazione alle finalità ascrivibili all'istituto di cui si discorre), la precisazione ci è sembrata opportuna per porre in rilievo come ancora una volta la teleologia ricollegabile alle *class actions* vada rapportata ai sistemi giudiziari di riferimento al fine di non vanificare il punto di vista comparatistico.

23. Il legislatore ha introdotto l'azione collettiva risarcitoria all'art. 2 (commi 445°- 449°) della legge Finanziaria 2008, definendone la natura di "strumento generale di tutela".

La disciplina confluisce all'interno del d.lgs. n. 206/2005 (Codice del Consumo) e precisamente all'art. 140 *bis*, in cui si circoscrive l'individuazione dei soggetti legittimati ad agire.

Con l'emendamento del Governo approvato dalla Commissione Industria del Senato (il cosiddetto collegato sviluppo, atto Senato n. 1195) il 21 aprile u.s. sono numerose le novità introdotte rispetto alla disciplina contenuta in Finanziaria. (Su ciò *infra*).

Il primo comma opera un rinvio all'art. 139, comma 1°, cod. consumo, riferendosi alle associazioni iscritte nell'elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale, tenuto presso il Ministero delle attività produttive. Il riferimento al solo primo comma sembra implicitamente escludere dall'area soggettiva di legittimazione gli organismi pubblici indipendenti nazionali e le organizzazioni riconosciuti in altro Stato dell'Unione Europea, incluse nell'elenco degli enti legittimati pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, indicati all'art. 139, comma 2°.

Il punto è stato oggetto di differenti orientamenti dottrinali, essendo poco chiara la ragione dell'esclusione, specie alla luce delle tendenze all'armonizzazione delle normative nazionali che avevano portato al riconoscimento della legittimazione dei suddetti enti all'esperimento dell'azione inibitoria collettiva.

Il secondo comma dell'art. 140 *bis* comprende tra i soggetti legittimati all'azione anche "associazioni e comitati che sono

adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere”. Siffatta previsione introduce elementi di forte novità sul piano sistematico, ma anche per le ricadute empiriche.

*In primis*, la valutazione in ordine al criterio della adeguata rappresentatività non è più confinabile alla sola parametrizzazione per criteri predefiniti *ex lege* dall'autorità governativa, ma, secondo la ricostruzione ermeneutica più accreditata, è rimessa ai poteri di accertamento dell'autorità giudicante in sede di decisione sommaria di ammissibilità dell'azione.

Vedremo a breve che le novità recentemente approvate prevedono che anche un singolo cittadino potrà dare l'avvio alla procedura, richiamando così le linee statunitensi delle *class actions*.

Lo sviluppo della *collettive judicial protection* alle associazioni non iscritte nell'elenco ministeriale, si pone in linea con la *ratio* sottesa all'istituto americano della *class action* (il collegamento è alla fase giudiziale di *certification*) ed interrompe quel regime di “oligopolio” delle azioni collettive da parte delle grandi associazioni a legittimazione “governativa”, che era andato formandosi con la disciplina delle azioni collettive inibitorie degli atti e dei comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori, contenuta nella l. 281/98 (art. 3) e successivamente negli artt. 139 e 140 cod. del consumo.

La scelta operata dal legislatore con l'art. 140 *bis* è dunque di apertura all'associazionismo spontaneo, libero e democratico in armonia con quanto sancito allo stesso art. 2, comma 2°, lett. F) cod. del Consumo, nonché all'art. 153 del Trattato di Amsterdam, che nell'individuare i diritti fondamentali dei consumatori, prevede, oltre ai diritti di informazione ed educazione, anche quello di “organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi”.

Le ricadute empiriche della tipologia di tutela offerta si colgono in termini di maggiore effettività, soprattutto in relazione alla considerazione operativa della tesi delle formazioni sociali (art. 2 Cost.) da noi sostenuta, nella misura in cui si garantisce malleabilità e fluidità alla rappresentatività degli interessi in gioco che per

motivi di connessione o anche solo contingenti venissero a convergere o coincidere con quelli collegabili al gruppo di riferimento. La dimensione assiologica determinante l'afferenza o meno dell'interesse alla formazione - contrariamente alla rigida schematizzazione aprioristica della legittimazione governativa - trova nella valutazione giudiziale il momento compositivo-rappresentativo degli interessi, che può rivelarsi anche transeunte, essendo molteplici e fluidi gli elementi di determinazione del collegamento.

Viene così a neutralizzarsi il rischio di pregiudicare realtà associative che, sebbene circoscritte, risultano in ogni caso idonee a rappresentare gruppi più limitati di interessi.

Dal punto di vista sistematico, inoltre, occorre assumere il dato della coesistenza di differenti modelli di legittimazione che vanno ad operare in relazione a corrispondenti strumenti processuali di tutela.

E così per l'azione collettiva risarcitoria di cui all'art. 140 *bis*, l'area soggettiva comprende le associazioni dei consumatori iscritte nell'elenco ministeriale di cui all'art. 137 cod. consumo, nonché qualunque altra associazione o comitato che sia ritenuto dal tribunale adeguatamente rappresentativo degli interessi dei consumatori<sup>182</sup>.

Per l'esperimento dell'azione collettiva inibitoria di clausole abusive (art. 37 cod. consumo), i soggetti legittimati vanno identificati nelle associazioni rappresentative dei consumatori di cui all'art. 137, nelle associazioni dei professionisti, nonché nelle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura.

Infine per l'esercizio dell'azione collettiva inibitoria di atti e comportamenti lesivi dei diritti e degli interessi di consumatori ed utenti, tipizzata all'art. 140 cod. consumo, la legittimazione è conferita alle associazioni dei consumatori e degli utenti inserite

---

<sup>182</sup> Per approfondimenti cfr. G. D'ALFONSO, *Responsabilità da progetto informativo. Confronto tra evoluzione legislativa, elaborazione giurisprudenziale e dottrinale nel sistema italiano e tedesco*, Napoli 2002, *passim*; ID., *Effettività della tutela collettiva risarcitoria. quali prospettive?*, in corso di pubblicazione Esi 2009.

nell'elenco di cui all'art. 137, nonché agli organismi pubblici indipendenti nazionali ed alle organizzazioni riconosciuti in altro Stato dell'Unione Europea, incluse nell'elenco degli enti legittimati a proporre azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee.

Di rilievo non secondario si presenta il problema in ordine all'individuazione del soggetto "interlocutore", legittimato a contraddire, che viene indicato in diversi passaggi normativi con il termine "impresa".

Anche qui le disquisizioni ermeneutiche hanno sollevato diversi dubbi per il collegamento ai sindacati, agli ordini professionali, alla Pubblica Amministrazione.

Interessanti spunti di riflessione possono trarsi dalla analisi da noi prospettata circa la nuova teorica dei beni comuni, cui si rinvia.

Qui preme precisare la sempre maggiore rilevanza che assumono i servizi pubblici di interesse economico-generale garantiti dall'art. 43 Cost. e ripresi nel n. 16 del Protocollo aggiuntivo al Trattato di Lisbona, per i quali si impone una riflessione sulla solitudine del soggetto ad avvalersene nei confronti delle Amministrazioni pubbliche, soprattutto nel momento della loro trasformazione in s.p.a. che le fa imprese.

Difatti ribadiamo che una dismissione attraverso trasferimento azionario della presenza della mano pubblica nelle società destinate a funzioni di interesse generale nella fase di una loro eventuale privatizzazione pone il problema, stabilito il principio generale dell'esperibilità dell'azione (ovvero dell'*an*), del momento in cui essa vada esercitata (il *quando*): a nostro avviso nella fase di contestazione della privatizzazione.

Infatti, ripetiamo che una volta avvenuta la privatizzazione il conflitto potrebbe avere ad oggetto solo l'economicità della gestione essendosi oramai affievolita la tutela dell'interesse generale.

24. Prima delle novità contenute nell'emendamento del Governo approvato dalla Commissione Industria del Senato e inserito nel corpo del Ddl Sviluppo, collegato alla Finanziaria, l'ambito oggettivo di applicazione dell'azione collettiva risarcitoria era circoscritto alla violazione di diritti dei consumatori "nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 c.c., ovvero in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali" (cfr. art. 140 *bis* comma 1°).

La scelta del legislatore sembrava precisa e tassativa. Vedremo che le recentissime modifiche hanno notevolmente ampliato l'ambito di operatività della disciplina.

Analizzando le differenti *causae petendi* dell'azione, si rendono opportune delle precisazioni. Quanto all'area contrattuale, lo strumento processuale operava limitatamente ai casi di stipulazione mediante moduli o formulari. Siffatta interpretazione, oltre che da argomenti letterali, era corroborata anche da un'attenta valutazione dell'*iter* parlamentare che aveva caratterizzato i disegni di legge introduttivi dell'azione collettiva risarcitoria, nella misura in cui solo ad alcuni<sup>183</sup> era ascrivibile il rimando generico all'area contrattuale, laddove in altri<sup>184</sup> si prevedeva l'esplicita confinabilità ai rapporti di cui all'art. 1342 c.c. Con riferimento agli atti illeciti extracontrattuali, la formulazione generica utilizzata dal legislatore incontra il limite del tipo di rapporto nell'ambito del quale deve essersi verificato l'illecito, nonché della qualifica soggettiva di produttore del responsabile e di consumatore del danneggiato.

Si ritiene, cioè, che l'azione sia diretta a tutelare i consumatori nelle ipotesi in cui il rapporto commerciale con il produttore non abbia avuto a perfezionarsi con la stipula di un contratto, ovvero il danno si configuri solo come conseguenza indiretta della fornitura di un bene o di un servizio, indipendentemente da vincoli

---

<sup>183</sup> Cfr. i progetti n. 1289 e n. 1662, presentati alla Camera, e n. 679, presentato al Senato.

<sup>184</sup> Cfr. i progetti n. 1495 e n. 1883, presentati alla Camera.

contrattuali. Le ipotesi di responsabilità per danno da prodotti difettosi sembrano quelle maggiormente suscettibili all'area di tutela della previsione normativa<sup>185</sup>.

Quanto alle pratiche commerciali scorrette, è evidente il richiamo alla nozione contenuta nell'art. 20 cod. consumo, con cui la dottrina ha costruito un rapporto di *genus – species*. Il tratto comune alle disposizioni di cui agli artt. 20 e ss. da un lato e 140 *bis* dall'altro è rinvenuto nella riferibilità alla fase prodromica all'adozione di una decisione commerciale da parte del consumatore.

All'uopo numerose sono le problematiche relative alla individuazione della natura della responsabilità del produttore laddove l'influenza esercitata sulla decisione commerciale del consumatore si sia manifestata con l'induzione alla stipula di un negozio. Ma in tal sede non è consentito dilungarsi oltre. L'azione collettiva risarcitoria può essere esperita, inoltre, anche per la richiesta di risarcimento del danno o la restituzione di somme in favore dei singoli consumatori conseguenti a “comportamenti anticoncorrenziali”. Trattasi di una novità di indubbio rilievo, nella misura in cui si tiene in considerazione l'orientamento espresso dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione<sup>186</sup> a sostegno della riferibilità soggettiva della legge *antitrust* (n. 287/1990) non solo alla categoria degli imprenditori ma a qualsivoglia soggetto del mercato cui possa ascriversi un interesse processualmente rilevante alla conservazione della sua

---

<sup>185</sup> Cfr. G. CHINE' e A. MICCOLIS, *Class action e tutela collettiva dei consumatori*, in FONTI e PRASSI, Collana di R. GAROFOLI, Roma 2008, p.178 ss.

<sup>186</sup> Cfr. Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, c. 1014; nonché Cass., 28 ottobre 2005, n. 21081, in *Giust. Civ.*, 2006, I, p. 2051.



competitività, e quindi anche al consumatore finale<sup>187</sup> (dei contratti stipulati “a valle” dell’intesa concorrenziale “a monte”).

Il legislatore nel tipizzare la legittimazione dei consumatori ad esperire azioni risarcitorie e restitutorie conseguenti al danno da condotta anticoncorrenziale ha conferito per la prima volta base legislativa ad un lungo percorso interpretativo-giurisprudenziale.

---

<sup>187</sup> Un punto di rilievo dell’orientamento della Cassazione riguarda, in materia di concorrenza, la devoluzione della competenza *ratione materiae* alla corte d’appello territoriale. Occorre tener presente, però, che con l’art. 140 bis del Cod. del Consumo si è disposta la competenza a decidere sulle azioni collettive risarcitorie del tribunale del luogo in cui ha sede l’impresa, introducendo in tal modo una deroga alla competenza funzionale della corte d’appello di cui all’art. 33, comma 2°, l. n.287/1990.

25. Il procedimento previsto all'art. 140 *bis*<sup>188</sup> del Codice del Consumo si articolava in una procedura bifasica consistente *in primis* nella promozione dell'azione da parte delle associazioni dei consumatori e degli utenti o di altri soggetti specificamente legittimati denunciando comportamenti plurioffensivi e chiedendone non solo l'interdizione, ma altresì la dichiarazione del diritto dei consumatori al risarcimento del danno cagionato dal comportamento illecito. Nella fase successiva, regolata da

---

<sup>188</sup> Art. 2 della legge Finanziaria 2008:

(*omissis*)

... 446. Dopo l'articolo 140 del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e' inserito il seguente: "Art. 140-bis. - (Azione collettiva risarcitoria). - 1. Le associazioni di cui al comma 1 dell'articolo 139 e gli altri soggetti di cui al comma 2 del presente articolo sono legittimati ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale del luogo in cui ha sede l'impresa l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'articolo 1342 del codice civile, ovvero in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali, quando sono lesi i diritti di una pluralita' di consumatori o di utenti.

2. Sono legittimati ad agire ai sensi del comma 1 anche associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere. I consumatori o utenti che intendono avvalersi della tutela prevista dal presente articolo devono comunicare per iscritto al proponente la propria adesione all'azione collettiva. L'adesione puo' essere comunicata, anche nel giudizio di appello, fino all'udienza di precisazione delle conclusioni. Nel giudizio promosso ai sensi del comma 1 e' sempre ammesso l'intervento dei singoli consumatori o utenti per proporre domande aventi il medesimo oggetto. L'esercizio dell'azione collettiva di cui al comma 1 o, se successiva, l'adesione all'azione collettiva, produce gli effetti interruttivi della prescrizione ai sensi dell'articolo 2945 del codice civile.

3. Alla prima udienza il tribunale, sentite le parti, e assunte quando occorre sommarie informazioni, pronuncia sull'ammissibilita' della domanda, con ordinanza reclamabile davanti alla corte di appello, che pronuncia in camera di consiglio. La domanda e' dichiarata inammissibile quando e' manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi, ovvero quando il giudice non ravvisa l'esistenza di un interesse collettivo suscettibile

procedure conciliative (comma 6) si prevedeva che nei sessanta giorni successivi alla notificazione della sentenza, l'impresa potesse proporre il pagamento di una somma, con atto sottoscritto, comunicato a ciascun avente diritto e depositato in cancelleria.

Nel caso di mancato accordo, era la sentenza di condanna a stabilire "quando le risultanze del processo lo consentono, i criteri in base ai quali deve essere fissata la misura dell'importo da

---

di adeguata tutela ai sensi del presente articolo. Il giudice puo' differire la pronuncia sull'ammissibilita' della domanda quando sul medesimo oggetto e' in corso un'istruttoria davanti ad un'autorita' indipendente. Se ritiene ammissibile la domanda il giudice dispone, a cura di chi ha proposto l'azione collettiva, che venga data idonea pubblicita' dei contenuti dell'azione proposta e da' i provvedimenti per la prosecuzione del giudizio.

4. Se accoglie la domanda, il giudice determina i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere o da restituire ai singoli consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o che sono intervenuti nel giudizio. Se possibile allo stato degli atti, il giudice determina la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente. Nei sessanta giorni successivi alla notificazione della sentenza, l'impresa propone il pagamento di una somma, con atto sottoscritto, comunicato a ciascun avente diritto e depositato in cancelleria. La proposta in qualsiasi forma accettata dal consumatore o utente costituisce titolo esecutivo.

5. La sentenza che definisce il giudizio promosso ai sensi del comma 1 fa stato anche nei confronti dei consumatori e utenti che hanno aderito all'azione collettiva. E' fatta salva l'azione individuale dei consumatori o utenti che non aderiscono all'azione collettiva, o non intervengono nel giudizio promosso ai sensi del comma 1.

6. Se l'impresa non comunica la proposta entro il termine di cui al comma 4 o non vi e' stata accettazione nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione della stessa, il presidente del tribunale competente ai sensi del comma 1 costituisce un'unica camera di conciliazione per la determinazione delle somme da corrispondere o da restituire ai consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o sono intervenuti ai sensi del comma 2 e che ne fanno

domanda. La camera di conciliazione e' composta da un avvocato indicato dai soggetti che hanno proposto l'azione collettiva e da un avvocato indicato dall'impresa convenuta ed e' presieduta da un avvocato nominato dal presidente del tribunale tra gli iscritti all'albo speciale per le giurisdizioni superiori. La camera di conciliazione quantifica, con verbale sottoscritto dal

liquidare in favore dei singoli danneggiati” (ovvero l'importo minimo da liquidare ai singoli danneggiati<sup>189</sup>).

In base al meccanismo suesposto, la prima fase di giudizio ad opera delle associazioni dei consumatori poteva definirsi con una sentenza di condanna o con un accordo transattivo tra le associazioni dei consumatori ed il professionista, cui è imputabile la condotta illecita. In caso di inutile esperimento della composizione non contenziosa, la norma prevedeva la costituzione di una camera di conciliazione per la determinazione delle somme da corrispondere o da restituire ai consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o sono intervenuti ai sensi dell'art. 140 *bis* comma 2° e che ne fanno domanda (comma 6).

Il modello di *class action* che traspariva dall'impianto normativo descritto, come già anticipato, risultava molto distante dallo strumento processuale operante nell'esperienza americana e ciò per diverse ragioni. Ma vedremo che le novità approvate recentemente riducono notevolmente queste distinzioni.

Solo per *incidens* si osservi il *discrimen* concernente i soggetti legittimati all'azione, essendo possibile nell'ordinamento statunitense che tutti indistintamente i soggetti portatori di diritti soggettivi lesi si eleggano a tutela di un interesse comune (è una legittimazione attiva diffusa<sup>190</sup> contrariamente alla scelta governativa

---

presidente, i modi, i termini e l'ammontare da corrispondere ai singoli consumatori o utenti. Il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo. In alternativa, su concorde richiesta del promotore dell'azione collettiva e dell'impresa convenuta, il presidente del tribunale dispone che la composizione non contenziosa abbia luogo presso uno degli organismi di conciliazione di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni, operante presso il comune in cui ha sede il tribunale. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 39 e 40 del citato decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni".

<sup>189</sup> Previsione quest'ultima non rinvenibile nei progetti di legge Maran AC 1289 e Buemi AC1662.

<sup>190</sup> Questo aspetto rappresenta uno dei fattori maggiormente prestatosi a strumentalizzazioni da parte degli studi legali statunitensi e che ha portato a

italiana di una legittimazione riservata); attualmente le riforme approvate conferiscono anche al singolo il potere di proporre l'azione, con ciò avvicinando la struttura del procedimento alla disciplina statunitense.

Anche la metodologia processuale per gli aspetti più tecnici vedremo come sarà sempre più vicina all'idea di filtro giudiziario operativo nel sistema statunitense (ci si riferisce alla presenza di una fase di *certification*, quale momento giudiziario *ad hoc* funzionale alla delimitazione dei criteri di individuazione del gruppo in luogo delle fasi conciliative integrative del passaggio bifasico della procedura giudiziaria proposta nell'ordinamento italiano); inoltre la diversificazione in termini di criteri di competenza giurisdizionale, che nella dinamica empirica statunitense si prestano a fenomeni di *forum shopping*, di cui si è precedentemente discusso in occasione dell'analisi legislativa del *Class Action Fairness Act*, nel sistema italiano si colora di fenomeni di giurisdizioni specializzate (su cui infra) di cui andrà valutata la compatibilità costituzionale.

La duplice struttura processuale precedentemente prevista in ogni caso non garantiva l'immediata automaticità fra sentenza e risarcimento come presente nelle *class actions* americane né era previsto il fondamentale diritto di *opt-out* (sostituito dall'opposto meccanismo di *opt-in*). Anche l'emendamento approvato recentemente ripropone meccanismi di *opt-in*, ma vedremo in forme differenti.

Merita attenzione l'elemento della mancata attribuzione alla sentenza di accoglimento della domanda dell'idoneità a costituire titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale ai sensi dell'art. 2818 c.c. Ciò ha costituito argomento a sostegno della tesi<sup>191</sup> dell'impossibile

---

considerare l'ipotesi di modifiche legislative che riservassero il potere di azione in favore di pubbliche autorità che garantissero predicati di serietà e responsabilità nell'uso di uno strumento giuridico-processuale tanto incisivo.

<sup>191</sup> Cfr. C. GALLI, Audizione ANIA, *Progetti di legge C. 1495 Governo ed abbinati, recanti l'introduzione dell'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori*, II Commissione (Giustizia) Camera dei deputati, Roma 28-3-07.

ascrizione alla sentenza in esame della qualificazione di “condanna generica”, ai sensi dell’art. 278, comma 1° c.p.c., atteso che, in caso di contestazione del convenuto, incombe sui danneggiati, nell’avvio delle autonome azioni risarcitorie, l’onere probatorio in ordine alla qualità di creditori quale requisito di appartenenza al gruppo.

La sentenza sarebbe in tale misura configurabile come sentenza di mero accertamento (a sostegno di questo orientamento l’espressione letterale “accertamento”) in ordine all’illiceità di condotte plurioffensive, (in un’ottica analogica agli strumenti inibitori già presenti nel nostro sistema), limitandosi a cristallizzare statuizioni su mere questioni di fatto o diritto sulle quali fondare le successive individuali pretese risarcitorie. Sembra cogliersi, proprio in questo passaggio, l’*actio finium regundorum* tra azioni collettive e *class actions*, ovvero tra tutela di un interesse collettivo e gestione collettiva di interessi di natura individuale. La sentenza di accoglimento della domanda dell’ente esponenziale sarebbe funzionale alla determinazione dell’*an debeatur* ovvero (come il solo progetto governativo specifica) contenente il *quid pluris* della definizione dei criteri per la liquidazione del danno per ciascun danneggiato, laddove il diritto risarcitorio relativo al *quantum* atterrebbe alla posizione individuale, salvo il successo del filtro precontenzioso conciliativo.

La *rexata questio* in ordine alla qualificazione della sentenza conclusiva della fase collettiva quale sentenza di condanna o di mero accertamento è tema caro alla dottrina processualcivile<sup>192</sup>, che in relazione alla condanna generica si è da tempo divisa tra le due soluzioni, che sotto il profilo pratico si risolvono nella determinazione dell’operatività o meno dell’art. 2953c.c., con riferimento anche alla condanna generica.

Sul piano strutturale quest’ultima non ha ancora ad oggetto l’adempimento di alcun obbligo; non essendo per definizione ancora determinata la prestazione dovuta, la condanna generica si

---

<sup>192</sup> A. PROTO PISANI, Lezioni di diritto processuale civile, Napoli 2006, p.168 ss.

limita semplicemente ad accertare un segmento della situazione giuridica esistente tra le parti, ed in particolare si limita a d accertare l'illegittimità dell'atto e la sua portata dannosa<sup>193</sup>.

Sul piano funzionale, tale tipo di condanna non è diretta né a reprimere né tanto meno a prevenire la violazione: non costituisce titolo esecutivo mancando il requisito della liquidità richiesto dall'art. 474, comma 1°. Potendo al contrario costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale ex art. 2818c.c., può rivelarsi utile strumento di pressione psicologica sul soccombente perché transiga sul *quantum*: ciò tenuto conto della funzione coercitiva che l'ipoteca giudiziale può esercitare soprattutto nel caso in cui, ed è quello della condanna generica, la somma per cui l'ipoteca viene iscritta è determinata unilateralmente dal creditore.

Per contro, la tecnica del mero accertamento postula che la sentenza di mero accertamento non è titolo per iscrivere ipoteca giudiziale; inoltre la sua ammissibilità è sostanzialmente rimessa alla discrezionalità del magistrato (art.100), al contrario la tecnica della condanna generica deve essere ammessa ogni qual volta viene rilevata l'idoneità strutturale dell'atto illegittimo ad arrecar un danno patrimoniale risarcibile. Ciò solo a fini semplificativi delle molteplici riflessioni sollevate dalla dottrina.

26. La reazione della Confindustria all'indomani dell'approvazione della Finanziaria introduttiva della *class action* si era rivelata durissima ed immediata: con una nota ufficiale aveva bollato la norma come “*un atto di grave ostilità*”, “*rudimentale*”, “*che espone le aziende italiane e i loro lavoratori a gravi rischi, con benefici per i consumatori sostanzialmente risibili*”.

Il comunicato di Confindustria aveva presentato il testo normativo come affetto da chiari profili di incostituzionalità nella misura in cui, prima dei successivi emendamenti cristallizzati nell'articolato finale, consentiva la possibilità di agire in qualità di

---

<sup>193</sup> Ancora A. PROTO PISANI, *Lezioni*, cit, Napoli 2006, p.168 ss.

soggetto collettivo ad associazioni da individuare senza previa individuazione di alcun parametro in termini di rappresentatività e, contrariamente agli ordinamenti di altri paesi, in assenza di qualsivoglia delimitazione della platea nei cui confronti l'eventuale provvedimento del giudice dovrebbe produrre effetti.

Ma al di là di obiezioni formali, non rilevante certo il profilo di costituzionalità (che sicuramente costituisce uno dei maggiori punti di riflessione della dottrina italiana in merito all'*an* dell'introduzione dello strumento processuale *de quo* in un ordinamento di *civil law*, ontologicamente connotato da forti garanzie costituzionali per quel che concerne i principi che animano il processo civile italiano) la verità è che la nota imprenditoriale aveva criticato la circostanza che la maggioranza di governo avesse anteposto logiche di puro equilibrio parlamentare alle ragioni del mondo produttivo, accogliendo una proposta improvvisata ed estemporanea in un contesto inopportuno quale la legge Finanziaria. Con una fretta sospetta, evitando qualsiasi dibattito e qualsiasi confronto, si era ritenuto si volesse approvare un provvedimento rappresentativo di una pesante minaccia per gli unici soggetti che possono assicurare la crescita economica.

È significativo che, anche di fronte ad una normativa che era ancora *in itinere*, l'imprenditoria locale avesse già reagito in maniera aggressiva. L'approvazione definitiva ha alimentato reazioni di tale tenore. Ciò dimostra come la *class action* possa costituire un'inversione di tendenza rispetto all'assoluto predominio dell'impresa nell'economia di mercato.

27. Guido Alpa, docente di punta della *new age* civilistica, nonché Presidente del Consiglio Nazionale Forense, in merito all'introduzione della *class action*<sup>194</sup>, aveva ritenuto la norma "*un mostro giuridico che, se lo si vuole mantenere in vita, deve essere completamente*

---

<sup>194</sup> Sul punto si cfr. l'ampia trattazione prospettata nel saggio L. PAURA, *I nuovi soggetti del mercato globale, Il risarcimento collettivo dei consumatori tra sussidiarietà e solidarietà*, Rassegna forense n. 4/2007, *passim*.



*riscritto, pena lo scardinamento del sistema processuale vigente e l'accelerazione della crisi della macchina della giustizia*"<sup>195</sup>.

L'osservazione nasceva da diverse ragioni. *In primis* la mancata differenziazione, come se fossero situazioni equipollenti, tra le "*small claims*" e altre azioni risarcitorie. Le "*small claims*" richiedono una disciplina a sé, un filtro molto rigido per evitare inconsistenti rivendicazioni, o manovre ricattatorie, nonché la determinazione di modestissimi danni – pur moltiplicati per migliaia di persone – nella distruzione di servizi o apparati produttivi utili per il Paese e rilevanti per il mercato.

Secondo l'autorevole voce dottrinale gli episodi sconcertanti dei danni da *black-out* o da ritardi dei servizi ferroviari, assecondati da qualche giudice di pace, avrebbero dovuto costituire un monito per il legislatore, in quanto delle *class actions* promosse contro le Ferrovie dello Stato o contro l'Enel rischierebbero di privare l'intero Paese di due servizi essenziali, attesi gli ingenti danni che i due enti dovrebbero subire, se fossero tenuti a risponderne già sulla base di una valutazione preliminare della fondatezza della domanda. Come cartina di tornasole della legittimità di un'azione collettiva va inquadrato piuttosto il recente episodio in cui 452 persone sono rimaste bloccate per 21 ore nel treno veloce (!) Lecce-Roma (compresi bambini, persone bisognose di aiuto,...). In questo senso (ed è la prima ricaduta della Finanziaria approvata), si parla espressamente di *class action* intesa come azione collettiva contro le Ferrovie.

Saranno risarciti i 452 viaggiatori costretti ad una notte da incubo in aperta campagna a Capua, al freddo e senza servizi, e ad un'odissea che li ha visti trasbordare per ben due volte su treni diversi nel tentativo di raggiungere la loro meta, alla quale sono giunti dopo oltre venti ore dall'inizio del viaggio.

Per loro le organizzazioni di difesa dei consumatori hanno immediatamente strappato alle Ferrovie 800 euro di risarcimento in

---

<sup>195</sup> Cfr. G.ALPA "Un «mostro giuridico» da riscrivere integralmente", in *Il Sole 24 ore*, 17 novembre 2007, *Commenti*.

un'azione collettiva ritenuta, come si diceva, una prima prova di *class action*.

L'accordo per il risarcimento (agli 800 euro andrà aggiunto il prezzo del biglietto) è stato firmato da Federconsumatori, Adusbef, Adiconsum, Assoutenti e Adoc, mentre il Codacons ha manifestato opinione differente, convinto che tra danno emergente (freddo, ritardo, privazione di cibo, spavento...) e danno biologico il diritto di ciascun consumatore possa essere anche superiore ai mille euro. Ma le prime associazioni hanno parlato di "svolta storica per il movimento dei consumatori italiani".

Fino al momento attuale i risarcimenti avvenivano per compensazione attraverso forme di rimborso parziale o totale del valore del titolo di viaggio. Ristori più concreti erano conseguibili solo con il ricorso al giudice. Secondo l'Adiconsum, l'accordo con Trenitalia rappresenta un importante risultato destinato ad influire sugli altri servizi. Anche l'Adoc si è espressa nel senso di un cambio di strategia di Trenitalia, da sempre auspicata, quale prima prova di *class action*, essendosi giunti ad una soluzione condivisa in sede sostanzialmente conciliativa paritetica. Lo stesso Presidente, Pileri, ha osservato che si tratta della prima volta che viene riconosciuto il diritto al risarcimento per danni causati da un ritardo di un servizio di trasporto. Dopo questo primo passo, l'ad di Ferrovie, Moretti, si aspetta che lo stesso metodo venga applicato ai ritardi di tutti i giorni, e non solo agli Eurostar.

L'attuale situazione di Ferrovie dello Stato che privilegia la Tav ha finito per nuocere i tratti periferici destinati ai pendolari (carattere decrepito delle vetture, pulizie, ritardi,...). Riteniamo sia questa una delle ipotesi future di azione.

Il Presidente di Altroconsumo ha qualificato l'episodio come "*class action* transata prima ancora di iniziare l'azione legale".

Trattandosi nella specie di una soluzione atipica della *class action* recentemente regolata, sorge il problema delle eventuali azioni esperibili da coloro i quali non abbiano aderito alla forma transattiva concordata dalle associazioni. In tal caso essi potranno

anche esperire un'azione collettiva tipizzata dall'art. 2 (commi dal 445 al 449) della Finanziaria, il che è anche adombrato dalla circostanza che una delle associazioni dei consumatori, Codacons, forse la più rappresentativa, non ha aderito alla transazione, ipotizzando un oggetto risarcitorio più ampio e articolato.

Rimane salvo in ogni caso il diritto all'azione individuale.

Riprendendo le questioni sollevate da Alpa, la violazione di diritti contrattuali come quelli del caso Parmalat non implica problemi di accesso alla giustizia, essendo migliaia i casi, decisi favorevolmente in primo grado, con cui i risparmiatori hanno potuto ottenere soddisfazione: l'auspicio era quello di realizzare diversi accorgimenti processuali e indirizzi univoci di diritto sostanziale.

Ancora, con riguardo ai settori in cui l'azione collettiva è ammessa: uno di essi, per la formulazione ricevuta, era considerato indecifrabile («illeciti commessi nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti cosiddetti per adesione, di cui all'art. 1342 del Codice civile, che all'utente non è dato contrattare e modificare»); di qui a breve si vedrà come le osservazioni dello Stesso Alpa saranno mitigate dalle innovazioni introdotte dal recente emendamento approvato dalla Commissione Industria del Senato.

Alpa inoltre invitava il Legislatore – o il Governo – a preoccuparsi delle ragioni per cui le disposizioni sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, ora contenute nel Codice del consumo, non hanno portato alcun beneficio, ricordando che l'illecito afferisce all'area extracontrattuale; che i contratti "cosiddetti per adesione" non riguardano solo i consumatori ma anche i professionisti; che per tutelare il consumatore sarebbe stato più opportuno richiamare le disposizioni del Codice del consumo, contenute nello stesso testo nel quale si è inserito quello delle azioni collettive; ancora, che interpretata alla lettera, la disposizione diviene inefficace se al consumatore fosse consentito di negoziare anche una sola clausola (ad es., il prezzo delle commissioni, i tassi, i rischi coperti, etc.).

In ordine ai profili strutturali ed applicativi della disposizione normativa dell'art.140 *bis* Cod. Consumo (riproduttiva dell'art. 2 commi dal 445 al 449 della Finanziaria), Alpa, con riferimento all'ambito oggettivo di applicazione della disciplina, ne evidenziava la non coincidenza con l'area di operatività applicativa della legislazione sul consumatore. L'art. 1342 c.c. cui ineriva la norma in esame copre un ambito contrattuale più vasto rispetto alla disciplina delle clausole vessatorie contenute nei contratti con i consumatori, cui si riferisce il Codice del Consumo agli artt. 33-38. ed in ciò le innovazioni recentemente approvate sembrano aver seguito una direzione più coerente alla disciplina codicistica generale.

La stessa riflessione riguarda la disciplina del danno, dal momento che il 140 *bis* esorbita i settori legislativamente coperti dal Codice del Consumo, per estendersi ai danni alla salute, a quelli derivanti dalla circolazione stradale e a qualsiasi altra lesione (di un diritto) che sia fonte di un atto illecito extracontrattuale.

Diversi interrogativi erano stati sollevati rispetto all'eventuale applicazione del 140 *bis* al settore del credito al consumo, specie con riferimento alle "pratiche commerciali scorrette".

Un ulteriore aspetto concernente l'ambito di operatività della norma riguarda la potenziale portata estensiva della nozione di consumatore a quella di risparmiatore, quale "consumatore di servizi finanziari".

Alpa affrontava inoltre le problematiche connesse alla determinazione della natura degli interessi tutelati dallo strumento processuale *de quo*, orientandosi per la soluzione che vede l'azione collettiva quale tecnica di tutela di posizioni di diritti soggettivi individuali. Non si istituisce dunque una nuova categoria di posizioni sostanziali tutelabili ma un nuovo strumento tecnico-processuale a garanzia di figure giuridico-sostanziali già esistenti.

Quest'ultima riflessione reca con sé il corollario dell'assenza di limiti temporali per l'utilizzazione della nuova disciplina. Trattandosi di un sistema collettivo a protezione di situazioni già tutelate individualmente dall'ordinamento, è possibile l'estensione a

lesioni avvenute antecedentemente all'entrata in vigore della disposizione.

28. Anche l'Avvocatura di Stato<sup>196</sup> ha contribuito ad esprimere osservazioni in tema di azione collettivo (c.d. *class actions*), all'indomani dell'approvazione della Finanziaria.

I punti di maggior rilievo hanno riguardato il contributo che l'Avvocatura medesima potrebbe fornire al processo di miglioramento della qualità, dei tempi e dei costi della giustizia attraverso l'utilizzazione di una *class action* aggiuntiva a quella prevista.

E ciò in ragione della considerevole mole quantitativa e qualitativa che connota il contenzioso seriale coinvolgente lo Stato e gli altri enti pubblici difesi dall'organismo in questione.

Gli esempi richiamati rimandano alle controversie lavoristiche, quali il trattamento economico delle festività nazionali cadenti di domenica, quelle tributarie, quelle in materia di recuperi di restituzioni comunitarie in agricoltura, quelle per i danni da emoderivati, quelle relative a procedure concorsuali, ...generalmente tutte concluse con decreti ingiuntivi, di ammontare irrisorio.

È richiamata così l'attenzione del legislatore finalizzata all'introduzione di uno strumento processuale sull'impronta di quello introdotto, che si estenda oltre l'ambito meramente consumeristico, conferente allo Stato convenuto in giudizio la possibilità di segnalare e far dichiarare l'instaurazione, in ogni stato e grado del giudizio, e particolarmente in grado di legittimità, della *class action* (l'espressione utilizzata è di *opt-out right*, ma da assumere con un certo grado di specificità e relatività circa il contesto discorsivo, essendo ben lontana dall'evocare situazioni giuridico – processuali tipiche del sistema americano, di cui in tal sede non è consentito fornire elementi descrittivo-comparativi).

---

<sup>196</sup> In occasione del discorso inaugurale dell'Avvocato Generale.

Le osservazioni dell'Avvocatura sembrano aver seguito solo aspetti pragmatici, probabilmente in relazione alle esigenze dettate dal ruolo che la stessa è chiamata a svolgere.

A nostro avviso sarebbe stato opportuno che anch'essa si fosse preoccupata di quanto da noi assunto, in relazione alla figura giuridico-economica di consumatore, afferente sì a tutti i rapporti di mercato (confinabili entro il tradizionale raggio di operatività della *lex mercatoria*), ma tanto più riconducibile ai servizi essenziali nei cui confronti l'azione individuale sarebbe difficilmente esperibile. E ciò è intuibile nella misura in cui ad essere protetta è la situazione giuridica di interesse legittimo individuale, laddove il predicato dell'essenzialità rimanda alla generalità dei soggetti consumatori privati: il diritto all'azione nasce dall'universalità non dalla particolarità.

L'Avvocatura si interessa di situazioni microconflittuali, che proiettano la tutela legislativamente offerta in una visione ancor rigida per categorie (il riferimento al lavoratore ne è un chiaro ed inequivocabile indice), obliterando il dato costituzionale del principio solidaristico evocato dalle formazioni sociali (art.2 Cost.), non scendendo nel merito di contenziosi coinvolgenti posizioni soggettive di rilevanza giuridica generale o diffusa, che meglio si coniugano alla connotazione pubblicistica degli enti di cui assume la difesa.

Nell'auspicare addirittura un intervento legislativo costitutivo di un potere dello Stato nel richiamare, lui convenuto, un'ipotesi di azione collettiva per controversie plurime sembrerebbe propendere in realtà per la conversione di un'eventuale litisconsorzio necessario in azione collettiva.

Riprendendo le considerazioni da noi precedentemente esposte, una lettura elastica del dato normativo porta ad una naturale estensione della *class actions* a tutte le azioni che abbiano ad oggetto beni comuni, servizi pubblici essenziali sia nel momento della loro erogazione, sia nel momento, ancor più grave della dismissione a privati.

29. L'evoluzione sulla normativa in tema di class actions, con l'emendamento del Governo approvato dalla commissione Industria del Senato (il cosiddetto collegato sviluppo, atto Senato n. 1195<sup>197</sup>) il 21 aprile u.s., apre spiragli alla costituzione di nuove forme di giurisdizione: undici infatti sarebbero le sezioni giudiziarie, secondo il nuovo testo, scelte per gestire la macchina delle azioni

---

<sup>197</sup> Art. 30-bis.

(Modifica dell'articolo 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206)

1. L'articolo 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, è sostituito dal seguente:

Art. 140-bis. - (Azione di classe).

1. I diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo. A tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni.

2. L'azione tutela:

a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile;

b) i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;

c) i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

3. I consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela di cui al presente articolo aderiscono all'azione di classe, senza ministero di difensore. L'adesione comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo, salvo quanto previsto dal comma 15. L'atto di adesione, contenente, oltre all'elezione di domicilio, l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria, è depositato in cancelleria, anche tramite l'attore, nel termine di cui al comma 9, lettera b). Gli effetti sulla prescrizione ai sensi degli articoli 2943 e 2945 del codice civile decorrono dalla notificazione della domanda e, per coloro che hanno aderito successivamente, dal deposito dell'atto di adesione.

collettive. Si tratta di Tribunali situati nei capoluoghi di Regione, con l'accorpamento di quelli più piccoli, che daranno vita ad una forma embrionale di *giudice dell'economia*. Alla class action nel privato si affianca anche la possibilità di analoga tutela nel settore pubblico, come previsto nella legge delega Brunetta, in attesa di decreti di attuazione. Le connotazioni risarcitorie sono qui del tutto assenti, essendo il *petitum* circoscritto alla efficienza e funzionalità della

---

4. La domanda è proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, ma per la Valle d'Aosta è competente il tribunale di Torino, per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia è competente il tribunale di Venezia, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise è competente il tribunale di Roma e per la Basilicata e la Calabria è competente il tribunale di Napoli. Il tribunale tratta la causa in composizione collegiale.

5. La domanda si propone con atto di citazione notificato anche all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale adito, il quale può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità.

6. All'esito della prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, ma può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo. La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'identità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2, nonché quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe.

7. L'ordinanza che decide sulla ammissibilità è reclamabile davanti alla corte d'appello nel termine perentorio di trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione se anteriore. Sul reclamo la corte d'appello decide con ordinanza in camera di consiglio non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso. Il reclamo dell'ordinanza ammissiva non sospende il procedimento davanti al tribunale.

8. Con l'ordinanza di inammissibilità, il giudice regola le spese, anche ai sensi dell'articolo 96 del codice di procedura civile, e ordina la più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente.

9. Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale fissa termini e modalità della più opportuna pubblicità, ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe. L'esecuzione della pubblicità è condizione di procedibilità della domanda. Con la stessa ordinanza il tribunale:

a) definisce i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o



pubblica amministrazione e dei servizi pubblici in concessione (ma su questo ampiamente infra).

L'approvazione da parte della Commissione Industria del Senato della nuova versione dell'azione collettiva voluta dal Governo rilancia la discussione sulla natura degli interessi che si potranno far valere. L'ambito di operatività della disciplina avrebbe dovuto rispettare il termine del 1 luglio 2009, ma le recenti evoluzioni hanno previsto uno slittamento per la fine dell'anno 2009.

---

devono ritenersi esclusi dall'azione;

b) fissa un termine perentorio, non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità, entro il quale gli atti di adesione, anche a mezzo dell'attore, sono depositati in cancelleria. Copia dell'ordinanza è trasmessa, a cura della cancelleria, al Ministero dello sviluppo economico che ne cura ulteriori forme di pubblicità, anche mediante la pubblicazione sul relativo sito internet.

10. È escluso l'intervento di terzi ai sensi dell'articolo 105 del codice di procedura civile.

11. Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale determina altresì il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo. Con la stessa o con successiva ordinanza, modificabile o revocabile in ogni tempo, il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti; regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio.

12. Se accoglie la domanda, il tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'articolo 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme. In caso di accoglimento di un'azione di classe proposta nei confronti di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, il tribunale tiene conto di quanto riconosciuto in favore degli utenti e dei consumatori danneggiati nelle relative carte dei servizi eventualmente emanate. La sentenza diviene esecutiva decorsi centottanta giorni dalla pubblicazione. I pagamenti delle somme dovute effettuati durante tale periodo sono esenti da ogni diritto e incremento, anche per gli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza.

13. La corte d'appello, richiesta dei provvedimenti di cui all'articolo 283 del codice di procedura civile, tiene altresì conto dell'entità complessiva della somma gravante sul debitore, del numero dei creditori, nonché delle connesse difficoltà di

L'emendamento individua tre aree di diritti che possono essere tutelate anche attraverso la presentazione di un'azione collettiva. La prima è quella dei diritti contrattuali di una pluralità di consumatori ed utenti che si trovano, nei confronti di una stessa impresa, in una situazione identica. Rientrano in quest'area anche i contratti conclusi attraverso moduli e formulari e quelli per adesione sulla base della definizione data dal Codice civile agli articoli 1341 e 1342. si tratta di forme contrattuali molto utilizzate da imprese che si rivolgono a una pluralità indeterminata di aderenti, come avviene di solito nell'ambito dei servizi bancari, di quelli assicurativi o telefonici e, più in generale, di fornitura. È in questo contesto che si colloca il possibile profilo di responsabilità, per negligenza naturalmente più che per dolo (altrimenti si integrerebbero profili penali) dell'intermediario finanziario nel caso non siano stati

---

ripetizione in caso di accoglimento del gravame. La corte può comunque disporre che, fino al passaggio in giudicato della sentenza, la somma complessivamente dovuta dal debitore sia depositata e resti vincolata nelle forme ritenute più opportune.

14. La sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti. È fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva. Non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9. Quelle proposte entro detto termine sono riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale; altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giudice.

15. Le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito. Gli stessi diritti sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo».

2. Le disposizioni dell'articolo 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, si applicano, anche retroattivamente, agli illeciti compiuti successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge.

rispettati i vincoli stringenti di informazione, correttezza e trasparenza imposti soprattutto dal Testo unico della finanza.

Più ardua appare invece la chiamata in causa (si pensi al caso ormai tristemente classico del collocamento dei bond, della società emittente). Nel settore finanziario però bisogna tenere conto di un insieme di variabili destinate a influenzare anche la proponibilità della class action: l'esistenza di rimedi specifici per esempio (anche questi fissati dal Testo unico), la necessità per l'autorità giudiziaria di poter svolgere un'istruzione probatoria complessiva per tutte le parti coinvolte (mentre nel caso dell'investimento finanziario un peso determinante lo svolge l'accertamento del comportamento del singolo investitore), il limite cronologico. Su questo aspetto la fissazione del termine del primo luglio avrebbe dovuto impedire la proposizione dell'azione per i crack finanziari del recente passato, da Cirio a Parmalat (sul profilo della retroattività si cfr. le osservazioni precedenti). L'ultimo aggiornamento in ogni caso prevede un ulteriore rinvio dell'entrata in vigore della disciplina per la fine dell'anno 2009.

La seconda area identificata dalla proposta del Governo tradotta nel collegato alla Finanziaria fa riferimento ai diritti identici che spettano ai consumatori finali di un determinato prodotto. L'azione può essere proposta nei confronti del produttore e non serve, come invece nel caso precedente, l'esistenza di un contratto tra le parti. Rientra così in quest'area l'azione collettiva contro l'impresa che ha messo in circolazione merce difettosa o, peggio, pericolosa.

Infine, il terzo settore è rappresentato dai diritti dei consumatori quanto ai danni provocati da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali. È tanto più con riferimento a queste fattispecie che si accentua il ruolo chiave che giocherà l'autorità giudiziaria, alle prese con uno strumento inedito per il nostro ordinamento: toccherà infatti alla magistratura verificare, tra l'altro, la coerenza tra mezzo e interesse fatto valere. Ed è in

questo senso che va analizzato il tentativo di realizzare un primo embrione di giudice specializzato nella materia economica<sup>198</sup>.

Quadro di sintesi dell'applicazione concreta della normativa sulle azioni collettive:

*Prodotti di consumo e difettosi*: è possibile proporre un'azione collettiva contro il produttore di un bene di consumo, ad esempio un elettrodomestico che, non avendo rispettato le norme di sicurezza nella costruzione, metta a repentaglio l'incolumità dei consumatori; oppure che presenti un difetto di costruzione tale che risulti alla fine inadatto all'uso per cui è destinato.

*Beni destinati ad attività professionali*: sembrano invece esclusi dalla normativa i diritti delle persone giuridiche o dei professionisti in relazione, ad esempio, a un difetto di fabbricazione di un determinato bene di consumo. La norma parla infatti di consumatori e utenti, escludendo di fatto i beni acquistati, ad esempio da un professionista per l'esercizio della propria attività.

*Illeciti a danno dei risparmi*: la norma nulla dice circa la possibilità di proporre una class action per il risarcimento di danni derivanti da illeciti connessi a investimenti nei mercati finanziari. Rilevanti potrebbero essere le operazioni che coinvolgono una pluralità di risparmiatori, sebbene al riguardo operino disposizioni specifiche per il settore.

*Intermediari finanziari, inadempimenti*: purchè sia dimostrata la negligenza dell'intermediario e questa coinvolga una pluralità di risparmiatori, appare possibile la class action per il mancato adempimento degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela.

---

<sup>198</sup> G. Negri, *Risarcimenti in bilico sui crack. Niente azioni collettive contro i default avvenuti prima del 30 giugno 2008*, in *Il Sole 24ore*, 27 aprile 2009.

*Previsioni del tempo errate:* un'associazione di consumatori ha annunciato di voler promuovere un'azione collettiva nei confronti dei meteorologi che sbagliano le previsioni. In particolare per le conseguenze sul mercato del turismo che possono essere provocate da un errato allarme di maltempo. Appare difficile che una simile azione possa essere ammessa.

*Mancato adeguamento di interessi:* è possibile proporre l'azione collettiva contro la banca che non ha adeguato i propri tassi di interesse sui depositi ai tassi Bce. Le variazioni dei tassi di interesse conseguenti a decisioni di politica monetaria riguardano sia i tassi debitori sia quelli creditori. È dunque teoricamente possibile una class action quando all'aumento del tasso passivo non corrisponda l'aumento su quello attivo.

30. Tra le novità contenute nell'emendamento del Governo approvato dalla commissione Industria del Senato e inserito nel corpo del Ddl Sviluppo, collegato alla Finanziaria, è previsto che anche un singolo cittadino potrà dare l'avvio alla procedura, depositando la sua richiesta in uno degli undici Tribunali competenti, scelti tra i principali capoluoghi di regione. La domanda infatti va proposta al Tribunale del capoluogo di regione in cui ha sede l'impresa (e va notificata anche al pubblico ministero che potrà intervenire solo nella fase di verifica dell'ammissibilità) con alcune eccezioni: per la Valle d'Aosta infatti è competente il Tribunale di Torino; per il Trentino-Alto Adige ed il Friuli Venezia Giulia è competente il Tribunale di Venezia; per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise, il Tribunale di Roma; per la Basilicata e la Calabria, il Tribunale di Napoli. Le autorità giudiziarie competenti, dopo una verifica dei requisiti di ammissibilità, dovranno dare l'opportuna pubblicità affinché anche gli altri consumatori nelle stesse condizioni, che ritengano cioè di avere

subito il medesimo danno, possano ad uno ad uno aggiungere le proprie firme in calce al *cabier de doléances*.

Altra novità è l'ampliamento dei casi in cui l'azione collettiva può essere proposta: ora infatti ricadono nell'ambito di tutela tutti i diritti contrattuali, non più solo quelli conclusi per moduli o formulari prestampati. Come anticipato, nella procedura entra in gioco anche il pubblico ministero. La domanda, con la quale il singolo cittadino o l'associazione di consumatori propongono l'azione collettiva, è infatti sottoposta ad un vaglio di ammissibilità da parte del Tribunale che, limitatamente a questa fase, si avvale del pubblico ministero (al quale va notificata una copia della domanda). Nella sostanza si tratta di un controllo dei requisiti, per cui si avrà pronuncia di *inammissibilità* quando: 1) la domanda sia manifestamente infondata; 2) quando sussiste un conflitto di interessi; 3) quando il giudice non ravvisa l'identità dei diritti individuali; 4) quando il proponente non appare in grado di curare l'interesse della classe. In questi casi il giudice decide sulle spese di giudizio e ordina la più opportuna pubblicità a spese dei proponenti. Se si supera questo filtro, il Tribunale emette un'ordinanza reclamabile in Corte d'appello entro 30 giorni, fissa termini e modalità della pubblicità per la tempestiva adesione degli appartenenti alla classe e ciò anche attraverso l'utilizzo del sito internet del ministero dello Sviluppo economico. Inoltre, il Tribunale definisce i caratteri dei diritti oggetto del giudizio e specifica i criteri di inclusione o esclusione dall'azione. Da questo momento, viene fissato un termine non superiore a 120 giorni dalla scadenza di quello per la pubblicità, entro il quale chi intende aderire deve depositare l'atto in cancelleria. In questo modo si procede all'aggiornamento della lista degli aderenti, i quali, con tale formalità, rinunciano ad eventuali azioni individuali.

A questo punto parte la fase processuale vera e propria, che segue le regole canoniche del rito civile. Il Tribunale con l'ordinanza con cui ammette l'azione determina il corso della procedura assicurando l'equa, efficace e sollecita gestione del

processo; prescrive le misure per evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti. Se l'esito del processo rivela il successo dell'azione collettiva, il giudice con la sentenza di condanna, liquida le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o alternativamente fissa i criteri di calcolo per le stesse. È opportuno precisare che è sempre possibile nel corso dell'iter che alcuni degli aderenti trovino un accordo individuale con l'altra parte e rinunciano ad andare avanti con l'azione collettiva. La procedura dunque rivela una certa elasticità e di sicuro diviene meno onerosa rispetto al ricorso individuale al giudice. Ciò però non creando profili di superficialità; anzi la proposizione di azioni pretestuose o infondate, nel corso del filtro di inammissibilità, può tradursi nell'appesantimento della condanna risarcitoria anche per più profili di danno.

La sentenza diviene esecutiva 180 giorni dopo la pubblicazione ed ha effetto per tutti gli aderenti.

Indubbiamente la novità più rilevante è costituita dall'attribuzione della competenza ai Tribunali aventi sede nel capoluogo di Regione, con aggiustamenti territoriali per le Regioni minori. La norma presenta profili simili, seppure non coincidenti, con la struttura dei dodici tribunali specializzati in materia di proprietà industriale. La valutazione di alcuni esponenti della magistratura<sup>199</sup> si è orientata per un giudizio di opportunità che avrebbe voluto la coincidenza fra le due disposizioni, anche se per il resto, il nuovo testo è stato ritenuto più razionale e lineare rispetto al precedente. Anche il mondo delle imprese sembra dello stesso avviso. Il direttore degli affari legislativi di Confindustria, si è espresso in senso positivo circa la nuova formulazione della disciplina rispetto all'art. 140-bis del Codice del consumo e ciò soprattutto per la configurazione di un giudice specializzato, vista la complessità delle cause. I correttivi suggerito riguardano rispettivamente la precisazione sulla previsione delle spese di

---

<sup>199</sup> Tra cui il presidente del Tribunale di Torino, Mario Barbuto.

pubblicità dell'azione a carico del proponente, quale deterrente ad iniziative pretestuose, nonché l'introduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione preventiva. In ogni caso la previsione degli undici Tribunali è vista favorevolmente specie per aggirare il rischio di moltiplicazione delle interpretazioni giurisprudenziali (si pensi, a titolo esemplificativo, ai criteri di risarcimento del danno biologico, dove per lo stesso tipo di lesione gli importi liquidati cambiano in base alla latitudine).

Guido Alpa esprime diverse perplessità. Ritene indubbiamente condivisibile la scelta del giudice ordinario, ma per offrire tutela più aderente al territorio ritiene preferibile una competenza distrettuale anziché macroregionale. In ogni caso la versione approvata dal Senato è ritenuta meno ambigua rispetto alla precedente e più simile alla statunitense. Il correttivo proposto da Alpa offre suggerimenti in ordine al ruolo degli avvocati, la cui presenza non è richiesta al momento dell'adesione. Ebbene ad avviso del Presidente del CNF, siccome chi aderisce può essere condannato in caso di azione inammissibile, oltre al risarcimento per lite temeraria, e che la decisione limita di fatto una successiva azione individuale, una consultazione preventiva con legale potrebbe rivelarsi efficace ed opportuna<sup>200</sup>.

31. In ordine alla scelta legislativa dei giudici specializzati, oltre ai profili di una non manifestamente infondata questione di incostituzionalità (art. 102 Cost.), si avvertono segnali sempre più ricorrenti della tendenza alla marginalizzazione del diritto positivo e delle procedure legislative a favore della istituzionalizzazione del "diritto dell'economia" cui guardano anche con incauto fascino numerosi giuristi; riflesso anche della marginalizzazione da loro subita, essendo, fino alla crisi globale, soltanto gli economisti elevati a consiglieri del principe.

---

<sup>200</sup> A.M. Candidi, *Piace la scelta di giudici specializzati*, in *Il Sole24ore*, 27 aprile 2009.



È il momento che di fronte a queste tendenze i giuristi diano un segnale di stop.

Anzitutto va sottolineata l'assenza di un'autonomia concettuale del diritto dell'economia che elevi l'analisi economica a categoria giuridica.

Ne mancano i presupposti e le finalità: dalle fonti, agli elementi strutturali e funzionali. Di qui a cascata: provenienza, certezza, attendibilità, astrattezza, generalità, valore storico e tecnico del linguaggio, garanzie procedurali e democraticità di formazione, capacità di creare e soddisfare aspettative.

L'analisi economica tende ad analizzare fenomeni globali trascendenti del tutto la territorialità del diritto; nasce da fattori revisionali che, agendo su elementi contingenti legati anche a dati dedotti da storie economiche precedenti, enunciano fattori revisionali, che pur rispondendo ad analisi recepibili, accettabili sotto il profilo della ragionevolezza, provenendo anche da fonti diverse, non integrano quella razionalità che è sempre a fondamento della legge e in modo particolare della nostra legislazione.

L'analisi economica si concentra dunque su fattori contingenti, legati ad una previsione e traggono la loro origine da formule fondate su apriorismi scaturenti da logiche matematiche, statistiche, prive dei caratteri strutturali essenziali che connotano una normazione.

Le sue regole non discendono dal legislatore ma sono frutto, nella migliore delle ipotesi, di scuole di pensiero.

Proprio per le loro caratteristiche sono soggette a manipolazioni di contenuto e linguaggio che ne consentono qualsiasi strumentalizzazione politica; riguardano un momento ipotetico legato alla variabilità dei dati storici, politici, .. alle crisi economiche, le più gravi delle quali non sono entrate quasi mai negli elementi revisionali di analisi economiche precedenti; per cui molto spesso gli analisti possono essere definiti gli "storici del giorno dopo".

Pur negando al diritto dell'economia la valenza di categoria giuridica autonoma alternativa al diritto positivo non possiamo dimenticare che l'analisi economica costituisce oggi un valore integrativo per l'operatore giuridico da assumere comunque con talune precauzioni.

Difatti la globalizzazione dei fenomeni legislativi, l'extraterritorialità delle leggi coinvolgenti vaste comunità, le ricorrenti crisi economiche, influiscono sulla certezza e stabilità del diritto dando luogo a soluzioni estemporanee sempre più mirate a risolvere, comunque situazioni economiche contingenti: da qui decretazione d'urgenza (talvolta reiterate), leggi speciali talvolta prive di soluzioni sistematiche coerenti e corrette se non volte (e non sempre) a presentare soluzioni frutto di precipitose analisi economiche. Si chiama "legislazione d'emergenza" che sovente dà luogo a giri di valzer, lunghe procedure parlamentari, in attuazioni regolamentari, ripensamenti: tutti casi che metaforicamente abbiamo definito *sliding doors* (porte scorrevoli). Per questo anche di recente la classe degli economisti è stata messa alla sbarra per non aver avvertito già dal 2006 i segnali della crisi globale. Qualcuno li ha definiti "storici del giorno dopo", altri, come il ministro Tremonti, li ha brutalmente invitati ad astenersi da ogni previsione "perlomeno per un biennio".

32. A testimonianza del devastante conflitto in atto tra sistema istituzionale e legislazione, la lettera con cui il Presidente Napolitano ha accompagnato la promulgazione del provvedimento sulla sicurezza ai sensi dell'art. 74 Cost., messaggio inconsueto, denso di riserva e raccomandazioni (15 luglio, 2009). Se ne ravvisa l'identificazione con l'impianto dommatico della precedente monografia<sup>201</sup> e soprattutto nell'assoluta specularità (in negativo) dei giudizi di valore di legittimità ed effettività che improntano il titolo "Legalità costituzionale e razionalità legislativa tra sostenibilità economica e compatibilità giuridica".

---

<sup>201</sup> F.LUCARELLI- L. PAURA, *Diritto privato e diritto pubblico*, cit, Napoli 2008.

Le perplessità e preoccupazioni che permeano il messaggio del Capo dello Stato involgono difatti profili generali di incostituzionalità della legge per violazione dei criteri di razionalità e meritevolezza di tutela, nonché di incompatibilità sistemica. Si tratta di una diagnosi critica severa di “irragionevolezza, insostenibilità ed incoerenza.

Norme eterogenee spesso prive dei necessari requisiti di organicità e sistematicità, contraddittorie “con i principi generali dell’ordinamento e del sistema penale vigente”. Mai come in questo caso ritorna secondo la nostra impostazione l’ammonimento di Goia “il sonno della ragione genera mostri”.

A proposito dell’irritualità del messaggio presidenziale inviato al Presidente del Consiglio, nonché ai Ministri dell’Interno e della Giustizia, l’obiettivo della nostra ricerca consta nell’individuazione di una sponda giustificativa (rispetto alle critiche di chi propugnava un rifiuto della firma) richiamandoci proprio all’etereogeneità della legge, che, divenuta un contenitore frammentato di obiettivi diversi, ha impedito al Presidente un giudizio unitario di meritevolezza di tutela, per cui il mero rifiuto della promulgazione poteva disattendere l’attesa sociale nel caso di specie la attesa per la sicurezza; di qui l’invito a “razionalizzare” il *modus operandi*, evitando applicazioni che possano pregiudicare i diritti inviolabili della persona umana e non siano giustificabili nell’obiettivo “sicurezza”.

Il Presidente scrive che “ha ritenuto di non poter sospendere soluzioni ampiamente condivise di inasprimento di azioni anche patrimoniali contro la criminalità organizzata; inasprimento del trattamento carcerario di detenuti pericolosi; perseguimento di infiltrazioni mafiose nelle istituzioni” (art. 2, co 35-26-30).

33. È stato uno *stop* inaspettato quello concernente l’operatività delle norme introduttive dell’azione collettiva risarcitoria: i rinvii i sono stati diversi. Dopo quello del gennaio 2009, il rinvio al 1 luglio 2009 sembrava segnare un punto fermo per l’operatività della

disciplina. Ebbene in occasione dei recentissimi emendamenti la class action slitta a fine anno.

Le ragioni addotte alla base di tali scelte riguardavano soprattutto la necessità di introdurre un pacchetto di modifiche su alcuni dei punti critici segnalati nell'ultimo periodo, *in primis* l'estensione dell'esperibilità dell'azione nel settore pubblico, ammettendo anche le pubbliche amministrazioni tra i soggetti nei cui confronti può essere proposto il rimedio risarcitorio *de quo* (*soluzione questa da noi già positivamente prospettata attraverso una lettura ermeneutica della normativa approvata*).

Il ministro delle Attività produttive aveva aperto un tavolo di confronto con le associazioni dei consumatori (sicuramente con quelle riconosciute nel Registro del Codice del consumo) che, avevano accolto le rassicurazioni del ministro per evitare un nuovo passaggio legislativo.

Si è avuto modo di osservare invece come le novità siano state molteplici e di non poco momento. Sicuramente la fisionomia della futura azione collettiva è stata del tutto stravolta rispetto alle originarie previsioni. Tra gli aspetti più discussi, la poca chiarezza sul fronte dell'applicazione retroattiva dell'azione, su cui si erano formate due posizioni, l'una a favore del carattere costitutivo di nuovi diritti ascrivibile allo strumento processuale in esame, con conseguente irretroattività della relativa disciplina, l'altra conferente natura di nuova tecnica di tutela a posizioni sostanziali di interessi diffusi già riconosciuti a livello ordinamentale, con conseguente applicabilità anche per il passato.

Trattasi di questione non solo accademica, considerata la mole di azioni collettive risarcitorie che sarebbero state presumibilmente azionabili dalla fine del 2009 (concernenti molteplici ambiti oggettivi, tra cui prevalenza assumono quelle più squisitamente finanziarie, come Parmalat, caro libri,...).

34. Al di là dei profili interni al sistema, si avverte la necessità di scelte di politica economica coerenti a livello plurinazionale e ciò

articolando la politica nazionale con quella europea in un'ottica di coordinamento con le linee comunitarie. Siffatta esigenza sembra recepita dal legislatore europeo nella misura in cui si considerino le prospettive per il 2009, di cui si è fatto cenno nelle pagine introduttive.

Non essendo esauribile in tal sede una puntuale analisi comparata, si rende opportuno almeno il rilievo in ordine ad esperienze di altre legislazioni per l'introduzione di un sistema di tutela processuale assimilabile alle *class actions*. È il caso della Francia, dove nel 1992 erano state introdotte disposizioni normative specifiche attraverso il *Code de la consommation* (artt. L.421-6 ss. e 422-1 ss.) circa l'*Action en Representation Conjointe*. Queste autorizzano le associazioni di consumatori, in seguito ad espresso mandato per iscritto dei consumatori interessati, ad agire in giudizio per ottenere tutela collettiva risarcitoria rispetto alla medesima condotta illecita di un produttore o commerciante o professionista ovvero ad intentare un'azione collettiva indirizzata alla cessazione degli illeciti.

Nel 2005, a seguito della proposta del Presidente Chirac di « dotare i consumatori e le loro associazioni di un'azione collettiva contro le pratiche abusive presenti in alcuni mercati », si era già evidenziata l'*intentio* della creazione di un gruppo di lavoro per la formulazione di una legge sulla *class action*. Il rapporto consegnato ai ministri nel dicembre 2006, dopo una fase di consultazione, era giunto alla presentazione al Parlamento francese di due proposte di legge alternative, dirette ad introdurre in Francia l'azione collettiva risarcitoria.

Le due proposte, l'una di provenienza governativa e l'altra espressione di un gruppo di senatori dell'opposizione, rispondevano entrambe all'esigenza manifestata dalla pratica e all'auspicio espresso dallo stesso presidente della Repubblica francese, di creare anche in Francia nuove procedure che consentissero ai cittadini, a gruppi di consumatori e alle loro associazioni di promuovere azioni collettive volte a tutelare i loro diritti ed a richiedere il risarcimento dei danni provocati dalle

pratiche abusive tenute in certi mercati. I due modelli procedurali consistono nell'azione di gruppo (più chiaramente ispirata nel procedimento alla *class action* statunitense e al *recours collectif* del Quebec) e l'azione per la responsabilità da *préjudice de masse*. Nel rapporto non si era arrivati a formulare un vero e proprio disegno di legge, ma erano state comunque indicate nel dettaglio tutte le caratteristiche cui le nuove azioni avrebbero dovuto rispondere, tenendo conto in entrambi i casi delle peculiarità dell'ordinamento francese. L'attuale capo di Stato francese, Nicolas Sarkozy ha ripreso l'iniziativa avanzata nel 2005 per l'introduzione dell'azione collettiva risarcitoria nell'ordinamento francese, promuovendo la discussione in Parlamento del progetto di legge per la modernizzazione dell'economia (LME). Un primo passo si è concretizzato con l'adozione, in Assemblea nazionale, commissione delle finanze, dell'emendamento presentato da Jean Paul Charié (giugno 2008)<sup>202</sup>. L'articolo prevede la possibilità per i consumatori "di ottenere una riparazione forfettaria dei pregiudizi materiali subiti sia per violazioni di pratiche commerciali da parte di professionisti sia per l'esercizio di pratiche anticoncorrenziali". L'emendamento per essere incardinato doveva essere approvato in seduta plenaria. La posizione del Governo è differente in quanto si vorrebbe far figurare la *class action* alla francese nel quadro di un progetto di depenalizzazione "du droit des affaires".

La pressione comunque è forte anche in vista di inserire le azioni collettive nell'ambito del diritto europeo durante la Presidenza francese dell'UE (1 luglio 2008). Anche in Francia, malgrado i limiti posti dal progetto Charie, quali il filtro di un giudice prima della pubblicità dell'azione e il rimborso del pregiudizio senza l'aggiunta di sanzioni punitive, l'organizzazione imprenditoriale ha reagito sottolineando, questo è un motivo ricorrente, i pericoli per le "conseguenze catastrofiche" che determinerebbe l'azione.

---

<sup>202</sup> Cfr. G.GATINOLI, *L'Etat sous pression pour introduire les "class actions" en France*, su *Le Monde*, Lunedì 26 mai 2008, p. 10.

Atteggiamento positivo, invece da parte dei rappresentanti delle piccole e medie imprese.

## CAPITOLO SECONDO

### LA CLASS ACTION NEL SETTORE PUBBLICO. L'AZIONE E GLI INTERESSI A LEGITTIMAZIONE SOCIALE PER LA TUTELA DEI BENI COMUNI E SOCIALI.

1. La class action e la tutela dei beni sociali e comuni – 2. La privatizzazione dei servizi e l'esercizio della class action a tutela dei beni pubblici – 3. Il legislatore e le sliding doors. Profili processuali e amministrativi dell'azione collettiva nel settore pubblico – 4. Class action solo per il futuro?: diritti soggettivi ed interessi a legittimazione sociale – 5. Riflessioni sulla tutela giurisdizionale dei beni sociali. Il superamento del dualismo diritto soggettivo/interesse legittimo: il *genus* degli interessi a legittimazione sociale.

1. Riprendendo la classificazione della proprietà pubblica (art. 41- 43 Cost. e funzione della P.A. art. 97 Cost.), la socialità della destinazione dei beni postula il riconoscimento di forme di tutela processualmente compatibili con la capillarità della fruizione dei beni de quo. L'introduzione dell'azione collettiva risarcitoria con la legge Finanziaria 2008, nonché con l'emendamento approvato dalla Commissione Industria (sebbene non ancora resa operativa per i diversi rinvii operati con riguardo anche a motivazioni concernenti l'estensione al settore pubblico, recentemente prevista e che diviene fondamentale per la nostra indagine, su cui *infra*) sembra offrire risposte positive, nella misura in cui si riconosce che proprio l'ambito oggettivo di applicazione in settori sociali (come quello di cui si discorre) appare maggiormente coinvolto nella tutela processuale di categorie protette più deboli di quelle riconducibili allo status di consumatore.

Secondo l'impostazione costituzionale da noi offerta<sup>203</sup> l'azione collettiva risarcitoria (c.d. class action) è costituita da una *formazione sociale* temporanea e occasionale di soggetti, indipendente dalle "categorie" sociali che la caratterizzano, coesa solidalmente alla realizzazione di un obiettivo seriale, economicamente differenziato e distinto, esercitabile anche individualmente (nel caso di azioni collettive a carattere patrimoniale).

---

<sup>203</sup> Cfr. F. LUCARELLI – L. PAURA, *Diritto privato e diritto pubblico*, cit., pp. 183 e ss.



Definita la fenomenologia, occorre valutare l'originalità della tutela di interessi seriali nel quadro dei rapporti privato-pubblico e nelle connessioni con la solidarietà e sussidiarietà costituzionale attraverso l'incidenza sia sui principi generali (artt. 2, 3, 4 Cost.), che sui rapporti economici costituzionali (artt. 36 e ss.).

La filiera della solidarietà, cioè la ripetitività dell'oggetto perseguito dai destinatari del servizio, esprime la categoria seriale di soggetti che si coagulano nella difesa di propri interessi, socialmente rilevanti, coinvolgenti i più svariati settori, da quello dell'iniziativa economica, alla sanità, all'ambiente, ai servizi essenziali (artt. 22, 32, 41, 43 Cost.).

Invero, quale protagonista dell'azione collettiva risarcitoria viene al momento indicato il consumatore, oggetto dell'azione collettiva il mercato, quindi beni e servizi, ma l'individuazione soggettiva è generica, tenuto conto dei caratteri specifici della formazione sociale (art. 2 Cost.) cui fa riferimento la Costituzione che ne ha voluto connotare l'aggregazione anche dal punto di vista variabile e occasionale. Conseguentemente l'azione in base all'oggetto può divaricarsi e riguardare un conflitto di natura prettamente privatistica tra pluralità di soggetti ed impresa; ma potrà anche assumere natura socio-economica e risvolti costituzionali nel caso in cui l'azione sia diretta a garantire l'azione sussidiaria dello Stato in materia di prestazioni sociali, servizi essenziali e riserva di legge (art. 43 Cost.). Potrà infine coinvolgere il potere pubblico per la tutela diretta o sussidiaria di diritti primari, salute, ambiente, paesaggio, cultura, servizi e istituti (artt. 41-44 -47 Cost.).

La semplice tutela del consumatore non avrebbe effettività in questi settori dove la difesa del singolo sarebbe ancora più debole rispetto all'interlocutore Stato, che si trova a svolgere la funzione di proprietario ovvero di programmatore e controllore di attività economiche pubbliche e private (art. 41 Cost.). La mancata tutela nei confronti della burocrazia statale si tradurrebbe in forme di deriva liberistica, ancora più accentuata dalla libera connotazione pubblica/privata.

Per i beni sociali, dove non è configurabile la pretesa diretta, è sul momento del corretto funzionamento (art. 97 Cost.) che potrebbe incidere l'azione processuale ovvero nella fase di dismissione dell'istituto o del servizio, laddove invece per i beni riservati l'azione mira alla assoluta conservazione della titolarità. Nei beni sociali, quindi, prevale la garanzia del risultato che va difesa da eventuali inefficienze della gestione, nonché da scelte che privilegino l'economicità della gestione rispetto alle finalità sociali.

2. Preme precisare la sempre maggiore rilevanza che nei momenti di crisi socio-economica assumono i servizi pubblici di interesse economico-generale garantiti dall'art. 43 Cost. e ripresi nel n. 16 del Protocollo aggiuntivo al Trattato di Lisbona. Per essi si impone una riflessione sulla solitudine del soggetto ad avvalersene nei confronti delle Amministrazioni pubbliche, soprattutto nel momento della loro costituzione in s.p.a. e successiva trasformazione in imprese.

Difatti ribadiamo<sup>204</sup> che la dismissione attraverso trasferimento azionario della presenza della mano pubblica nelle società destinate a funzioni di interesse generale, nella fase di una loro eventuale privatizzazione pone il problema, stabilito il principio generale dell'esperibilità dell'azione (ovvero dell'*an*), del momento in limine che ne rende necessario l'esercizio (il *quando*): il che si concretizza, a nostro avviso, nella fase di contestazione della privatizzazione.

Infatti, ripetiamo che una volta avvenuta la privatizzazione il conflitto potrebbe avere ad oggetto solo l'economicità della gestione, essendosi oramai affievolita la tutela dell'interesse generale. La socialità in queste ipotesi cederebbe il passo all'economicità, se quest'ultima prevale sull'utilità sociale cui i beni sono destinati; da qui la necessità di esercizio dell'azione collettiva contestando proprio il procedimento di privatizzazione.

---

<sup>204</sup> Cfr. F. LUCARELLI – L. PAURA, *Diritto privato e diritto pubblico*, cit., pp. 200 e ss.

Abbiamo già accennato che molto spesso il ruolo della Comunità europea sulla concorrenza viene supinamente recepito se non addirittura accolto in maniera distorta. Difatti, a partire dal Trattato di Amsterdam del 1997, l'Unione europea ha progressivamente assunto un atteggiamento più rispettoso del ruolo dello Stato e delle sue responsabilità in campo economico-sociale e occupazionale. Inoltre, il recente scenario di crisi internazionale ha determinato un'inversione di rotta, recepita da Bruxelles, che sta frenando in Europa frettolose dismissioni di capitale pubblico in favore di privati. Non è casuale che in questi giorni il presidente Napolitano abbia fatto riferimento al ruolo dell'Europa per uscire dall'emergenza lavoro, e in particolare al principio della coesione economico-sociale e territoriale.

3. Un primo spiraglio all'esercizio della *class action* anche nei confronti della P.A., da noi auspicato, sembrava si fosse aperto nell'articolo 3 del ddl Brunetta (votato alla Camera in prima lettura l'11 febbraio u.s.) che prevedeva l'esercizio dell'azione collettiva nei confronti dei concessionari di servizi pubblici locali. Ma come sovente sta accadendo, il legislatore ha operato come se si trattasse di una *sliding door*, (una porta scorrevole che si apre e si richiude automaticamente al passaggio) per cui attuato un principio se ne svuota il suo contenuto.

Già in questa prima fase l'azione non prevedeva il risarcimento del danno, diventando una *class action* "light", dove non si prevedeva il ristoro neanche delle spese processuali, ma solo il ripristino del servizio e dei suoi standard. Inoltre, si disponeva che l'azione nei confronti dei concessionari dei servizi pubblici non potesse essere proposta o proseguita, nel caso in cui un'autorità indipendente (o comunque un organismo con funzioni di vigilanza e controllo nel relativo settore) avesse avviato sul medesimo oggetto il procedimento di loro competenza. Non venivano neanche affrontate le problematiche del risarcimento del danno

nelle more del ripristino e dell'individuazione degli *standard*. A nostro avviso sarebbe rimasta in ogni caso impregiudicata l'ipotesi da noi formulata di class action che miri all'interruzione del processo di privatizzazione; azione preventiva che può anche essere esercitata in litisconsorzio necessario con l'autorità di vigilanza.

Questo il panorama fino alle recentissime novità che ne hanno modificato, seppure in maniera non significativa, lo scenario di operatività.

La legge delega sulla riforma della pubblica amministrazione, infatti, (e il conseguente decreto legislativo ormai in fase avanzata di redazione) prevede l'ipotesi di esperibilità dell'azione collettiva anche nei servizi pubblici, con profili differenti dal settore privato in termini di ontologia sostanziale dello strumento e in termini strettamente processuali. Tuttavia l'obiettivo, a noi sembra, è conferire forme di monitoraggio dell'attività amministrativa agli utenti di servizi e istituti (ferrovie, poste, ospedali) per ricondurre entro i confini dei c.d. *standard di efficienza soddisfacenti* la cura e gestione degli interessi pubblici (art. 97 Cost.)<sup>205</sup>.

Difatti, non si tratta di un'azione a carattere risarcitorio, quanto piuttosto di uno strumento che intende contribuire al controllo degli *standard* dei parametri di funzionalità dei servizi pubblici., sia pure in vista dell'attuazione del federalismo fiscale, dove il riferimento agli *standard* non può essere puramente formale, ma andrà valutato sulla base della effettività. L'azione potrà essere proposta da ogni interessato nei confronti sia delle amministrazioni sia dei concessionari dei servizi pubblici, per contestare inefficienze della pubblica amministrazione (che vengono sintetizzate nella violazione di *standard* qualitativi, di obblighi contenuti nelle carte dei servizi, nell'omesso esercizio di poteri sanzionatori e di vigilanza, nella violazione di termini o inerzia quanto ad atti dovuti) da cui sia derivato un danno per una pluralità di utenti o consumatori.

---

<sup>205</sup> Per un approfondimento tematico, M. A. CIOCIA, *La dismissione del patrimonio immobiliare pubblico*, Napoli 2003, *passim*.

La possibilità per il singolo<sup>206</sup> di proporre l'azione è affiancata dalla *chance* di intervento anche da parte di associazioni o comitati a tutela dei diritti dei propri associati. Per il rapporto del singolo con l'associazione si parla di una vera e propria affiliazione non di affidamento di un "semplice" mandato come nel caso della *class action* privata, richiedendosi una graduazione di maggiore *affinità* tra gli interessi coinvolti nella vicenda processuale, postulante un rapporto ancor più effettivo di immedesimazione organica. Oltre che a ragioni sostanziali di interesse pubblico fisiologicamente ascrivibili a forme di titolarità sociale, seppure differenziata, l'affiliazione trova indubbiamente giustificazione in ragioni di ordine processuale, che rendono indispensabile l'intensificazione di filtri scongiuranti azioni pretestuose, ben più deboli nel processo amministrativo rispetto a quello ordinario.

La proposizione dell'azione da parte del singolo in grado di aggregare intorno al suo intervento gli interessi seriali o dell'associazione, non compromette l'intervento preventivo e prioritario da parte dell'*Authority* competente per materia.

Anzi, a cercare di attenuare almeno in parte l'impatto dell'azione collettiva nei confronti dei concessionari di pubblici servizi (forte è infatti la preoccupazione di questi ultimi per il proliferare di azioni anche strumentali), si sottolinea che il decreto delegato si dovrà preoccupare di individuare le soluzioni idonee a bloccare l'azione (anche quando già proposta) quando «un'autorità indipendente o comunque un organismo con funzioni di vigilanza e controllo» abbia avviato un procedimento sui medesimi fatti. Azione bloccata quindi sino almeno all'estinzione del procedimento presso l'Autorità.

La competenza è poi affidata al giudice amministrativo, il che valorizza le considerazioni da noi precedentemente svolte nella fase prodromica alla previsione di tutela collettiva nel settore pubblico.

---

<sup>206</sup> Digressione tratta dallo studio sistematico e comparativo della stampa quotidiana italiana.

Di particolare considerazione la fase preventiva all'instaurazione del giudizio che prevede, quale condizione di ammissibilità, che il ricorso vada preceduto da una diffida all'amministrazione o al concessionario perché adottati entro un termine *rigido*, che dovrà essere fissato nel decreto delegato, tutte le iniziative utili per la soddisfazione degli interessati.

L'utilizzo di un linguaggio giuridico "creativo" (si parla di termine *rigido*, laddove si renderebbe necessaria una precisa scelta legislativa temporale in ordine alle conseguenze potenzialmente scaturenti dallo spirare dello stesso, quale potrebbe essere un termine essenziale) accentua problematiche ascrivibili alla incompletezza dell'architettura processuale prevista. In questa fase infatti la legge delega impone un meccanismo indirizzato a responsabilizzare il dirigente competente e, in rapporto alla tipologia dell'ente, i vari organi interni dell'amministrazione (di indirizzo, di vertice o esecutivo), ma non si dà contezza dei poteri che fattivamente vengono azionati dal privato con l'avanzamento del *petitum*. Ci chiediamo cioè se la diffida si possa considerare un'attivazione dell'autotutela amministrativa (in tal caso la condizione di ammissibilità sembra riecheggiare la tradizionale pregiudiziale amministrativa, con tutte le riflessioni di congestionamento processuale, che per anni ne hanno accompagnato il dibattito) ovvero possa assimilarsi al tentativo obbligatorio di conciliazione (come tipico del settore privato) che in tal caso andrebbe a connotare in via speciale un procedimento amministrativo ma postulerebbe anche una bilateralità nella determinazione del *petitum*, che l'unilateralità della pregiudiziale esclude. Problematiche queste sicuramente discendenti dalla evanescenza terminologica dell'oggetto dell'azione (c.d. *standard di efficienza soddisfacenti*) che a nostro avviso andrebbero specificati da una precisa scelta legislativa, avendo tra l'altro un referente costituzionale fondamentale in tema di attività amministrativa (art. 97 Cost.) che impone chiarificazioni sostanziali in tema di

identificazione dei parametri funzionali di efficienza nella cura degli interessi pubblici.

Oltre a questioni di qualificazione giuridica della fase preventiva della condizione di ammissibilità dell'azione, si pongono interrogativi in ordine alla configurazione dell'eventuale silenzio dell'amministrazione, che a nostro avviso, coerentemente al sistema amministrativo in generale, andrebbe distinto oltre che dall'inadempimento *tout court*, anche dall'inerzia qualificata, indubbiamente riferibile in maniera alquanto proporzionale ai livelli *standard* di funzionalità.

La previsione legislativa riguarda il caso di condanna della pubblica amministrazione, per cui è previsto una sorta di rafforzamento della pronuncia in caso di inerzia nel ripristino delle condizioni di efficienza.

Nel caso infatti di inadempimento protratto nel tempo scatterà il commissariamento (anche se non è specificato per quanto e con quali obiettivi), ma la legge delega si occupa di precisare che, anche in questo caso, deve essere escluso il risarcimento del danno. La stessa sentenza definitiva di condanna, della quale dovrà anche essere assicurata idonea pubblicità, avrà poi come effetto l'attivazione di procedure di accertamento di responsabilità interna disciplinari o a livelli dirigenziali. Anche qui problemi interpretativi, soprattutto per la fase del commissariamento rispetto alla quale ci sembrerebbe opportuno differenziare i casi in cui è necessario passare per il "filtro" del giudizio di ottemperanza (dunque con le conseguenze in ordine ai poteri del Commissario *ad acta*).

In particolare riteniamo che a monte vada individuata la natura dell'azione e della sentenza che ne consegue che, a nostro avviso, andrebbe assimilata alla azione di *mero accertamento* (non potendo parlarsi di condanna *tout court* vista l'assenza di carattere risarcitorio). In questo caso dunque specifichiamo che l'azione di *mero accertamento* (o dichiarativa), del tutto analoga a quella ammessa nel processo civile, avente ad oggetto sia un diritto patrimoniale che non patrimoniale viene tradizionalmente riferita dalla

giurisprudenza alle vertenze per diritti soggettivi nelle materie di giurisdizione esclusiva e più discussa invece per la tutela di interessi legittimi, in cui sia possibile l'impugnazione di un provvedimento. Auspicando soluzioni legislative più chiare in termini di qualificazione della natura giuridica del *decisum* individuativo degli *standard* di funzionalità dell'attività amministrativa, si rende fin da ora opportuno riflettere sul dovere di conformazione al giudicato incombente in ogni caso sull'Amministrazione alla luce del principio di cui all'art. 4 della legge n. 2248 del 1865 (allegato E). L'amministrazione infatti deve porre in essere l'attività necessaria per adeguare la situazione di fatto (il disservizio) a quella di diritto affermata nella sentenza (individuativa degli *standard* di efficienza del servizio), e ciò indipendentemente dalla presenza di una specifica pronuncia di condanna del giudice. Il dovere di conformarsi al giudicato è configurabile infatti anche in presenza di una sentenza di annullamento o di mero accertamento, sostenendo in queste ipotesi la dottrina che, in conseguenza dell'art. 4 cit., la sentenza rilevarebbe come "fatto".

Nel caso di inosservanza del dovere dell'Amministrazione di conformarsi al giudicato, è dunque esperibile il giudizio di ottemperanza, che assicura l'esecuzione della sentenza e di tutti gli obblighi che ne derivano. In tal modo anche la sentenza di mero accertamento nei confronti della P.A. può essere idonea ad innescare una tutela esecutiva, non esaurendosi la sua utilità nel superamento di una incertezza obiettiva nella situazione di diritto ma rivelandosi, anzi, rimedio a una lesione concreta di diritti sociali provocata dall'Amministrazione. L'ottemperanza, a nostro avviso, costituisce un filtro necessario deterrente al commissariamento, visto l'oggetto del *petitum* (ripristino degli *standard*), nonché della *ratio* dello strumento processuale (riconduzione dell'azione amministrativa a parametri di funzionalità). In altri termini riteniamo che prima di pervenire alla patologia, debba essere offerta all'Amministrazione "l'opportunità" di attivarsi per la corretta cura e gestione dell'interesse pubblico (art. 97 Cost.) adeguandosi alle



disposizioni del giudice: è solo il pervicace inadempimento al dovere di conformità al giudicato che giustificerebbe il commissariamento. Inoltre non si può ignorare che la sostituzione del giudice all'Amministrazione, seppure inadempiente, anche ai fini di valutazioni tipicamente discrezionali, crea molte incertezze: come è noto la discrezionalità amministrativa prevede diverse articolazioni (si pensi alla distinzione tra discrezionalità tecnica e discrezionalità *tout court*), che postulano differenti gradi decisionali sul piano ideologico-politico, non necessariamente assorbiti dalla sentenza da eseguire. La nomina del Commissario *ad acta*, scelto tra i funzionari di altra Amministrazione, non si esaurisce dunque nella funzione meramente esecutiva del giudicato, ma spesso impone un'attività con caratteri di novità rispetto allo stesso. Di qui gli annosi problemi sul difficile equilibrio, nel giudizio di ottemperanza, del rapporto istituzionale fra Amministrazione e potere giurisdizionale, nonché della natura giuridica del Commissario *ad acta* ibridamente oscillante tra quella di organo straordinario dell'Amministrazione (con la conseguente possibilità di impugnazione dei suoi atti davanti al giudice amministrativo) e quella di ausiliario del giudice (comunque non dotato di poteri giurisdizionali, ma autore in ogni caso di atti inquadrabili nel giudizio di esecuzione e come tali tutelabili sotto l'indirizzo del giudice dell'ottemperanza). *Ma* su questo il decreto glissa ed oltre alla vacuità delle disposizioni procedurali, non sembra essere esaustivo circa le ipotesi configurabili.

Riteniamo necessario distinguere i casi di disservizio da quelli in cui l'intervento del Commissario *ad acta* si innesti sul silenzio-rifiuto dell'Amministrazione ex art. 21-*bis* legge Tar, introdotto dall'art. 2 della legge 205/2000. In questo caso la legge non richiama le disposizioni sul giudizio di ottemperanza; l'intervento del Commissario si svolge non tanto ai fini della "esecuzione" di una sentenza (la sentenza nel caso di "silenzio", si limita ad ordinare all'Amministrazione di provvedere), ma comporta la sostituzione di un'Amministrazione rimasta inerte.

La peculiarità dell'intervento del Commissario nel caso del "silenzio" trova conferma nella specialità della procedura: non si applicano le norme sullo svolgimento del giudizio di ottemperanza e la giurisprudenza sottolinea che la nomina del Commissario non interviene in un giudizio di esecuzione, ma nella seconda "fase" di un giudizio unitario sul "silenzio". La peculiarità trova inoltre conferma nel fatto che la nomina del Commissario non è in alternativa ad un intervento diretto del giudice (nel caso del silenzio il giudice non può sostituirsi all'Amministrazione, ma deve sempre procedere alla nomina del Commissario) e che il ruolo del giudice si esaurisce in siffatta nomina, senza che sia prevista la permanenza di poteri di vigilanza e di intervento rispetto al suo operato. La figura del Commissario, nel caso di silenzio, sembra pertanto corrispondere a quella di un organo straordinario dell'Amministrazione.

Ritenendo opportuno approfondire aspetti tecnici processuali, segnaliamo che la giurisprudenza amministrativa, confrontandosi con le specificità del giudizio *de quo*, si è espressa nei termini di un giudizio unitario, avente un duplice oggetto, misto di accertamento e di condanna, in cui al giudice è consentito non solo di pronunciare sull'inadempimento dell'amministrazione, ma anche di ordinarle di provvedere sull'istanza e di nominare un Commissario *ad acta*<sup>207</sup>.

Il rito speciale relativo all'obbligo di provvedere cumula tre tipi di procedimenti: la fase cautelare o accelerata, senza escludere in assoluto la tutela cautelare urgente; la fase della condanna ad adempiere all'obbligo di provvedere in seguito al silenzio dell'amministrazione; la fase dell'ottemperanza, come si desume dalla possibilità di nominare un commissario che provveda in luogo della amministrazione pervicacemente inadempiente, pur a seguito della condanna a provvedere.

---

<sup>207</sup> Cons. Stato, 17 gennaio 2001, *Urb. App.*, 2001, p. 647.

Chiariti i profili processuali, sarà il decreto delegato a definire la procedura di adesione all'azione collettiva, ma è prevedibile che sarà analoga a quanto già definito nel settore privato. Con un meccanismo cioè di *opt in* (al contrario di quanto avviene negli Stati Uniti), per il quale cioè serve un'esplicita manifestazione di volontà per l'ingresso nella "classe" dopo che sono state poste in essere adeguate forme di pubblicità dell'avvio dell'azione.

La previsione delle spese a carico del proponente/proponenti nulla dispone in ordine all' eventuale regime di solidarietà nella individuazione della relativa responsabilità.

Questo aspetto si riversa sulla pubblicità (intesa qui nel senso dell'ontologica afferenza ad interessi pubblici) della sentenza, anche nei casi in cui non vi sia condanna dell'Amministrazione, non potendosi configurare l'onerosità delle spese a carico dei proponenti, data la connotazione fisiologicamente pubblicistica del *decisum de quo*.

La differenza tra le due tipologie di azioni, nel caso di privatizzazione di servizi essenziali, pone problemi all'attore della class action sulla determinazione del convenuto (Pubblica Amministrazione o società privata).

Su questo va riaffermato che la riserva ex art. 43 Cost. ha in sé una connaturale essenza dei diritti sociali volta alla soddisfazione di prestazioni essenziali alla convivenza civile; per cui la riserva non si esaurisce o non si dismette con la privatizzazione ma conserva in sé un potere assoluto da non confondersi con la *culpa in vigilando*. Il disservizio compiuto da una società epilogo di un processo di privatizzazione, vedrà convenuta non solo la società erogatrice del servizio ma come anche e necessariamente l'Ente che abbia dismesso. In ogni caso rimane impregiudicato il risarcimento.

Non a caso le *lobbies* si sono mosse immediatamente avvertendo il pericolo di azioni collettive esercitate nei confronti degli enti ex-municipalizzati, ovvero società di servizi a capitale misto pubblico-privato.

4. Il collegato sviluppo al disegno di legge sulla class action ha eliminato qualunque spiraglio di retroattività: in base all'ultimo emendamento approvato recentemente è ai soli illeciti commessi a partire dal 1° luglio che sarebbe applicabile la nuova disciplina dell'azione collettiva.

Si chiude così il dibattito sorto sulla precedente previsione legislativa predisposta dal Governo circa il breve intervallo di tempo (dal giugno 2008) in cui la *class action* si sarebbe potuta applicare anche al passato; la previsione era stata ampiamente contestata da parte dell'opposizione e dalle associazioni dei consumatori, specie per gli aspetti concernenti le vicende Alitalia e i crac Parmalat e Cirio che rimarrebbero escluse dalla possibilità di risarcimento.

Il problema, da noi già affrontato<sup>208</sup> necessita in questa sede di alcune precisazioni.

Se sul fronte privato si erano prospettate due posizioni, l'una a favore del carattere costitutivo di nuovi diritti ascrivibile allo strumento processuale in esame, con conseguente irretroattività della relativa disciplina, l'altra conferente natura di nuova tecnica di tutela a posizioni sostanziali di interessi diffusi già riconosciuti a livello ordinamentale, con conseguente applicabilità anche per il passato, diverso si profila il discorso nel settore pubblico.

Riteniamo infatti che l'azione di monitoraggio sul corretto esercizio dell'azione amministrativa nella garanzia degli *standard* di efficienza abbia dato vita ad un nuovo *genus* di diritti tutelabili che abbiamo denominato "interessi a legittimazione sociale" per cui il problema della retroattività ci sembra chiarito *a priori*, non trattandosi di una nuova tecnica di tutela di diritti preesistenti allo strumento in esame. Intendiamo dire che, differentemente dai dubbi su quanto prospettato per il settore privato non siamo in presenza di una forma di gestione collettiva di interessi di natura individuale già di per sé azionabili, bensì di posizioni soggettive

---

<sup>208</sup> Cfr. F. LUCARELLI – L. PAURA, *Diritto privato e diritto pubblico*, cit., p. 218

geneticamente protette sul presupposto del connotato di socialità dell'azione (su cui *infra*) e conseguentemente sottratti alle regole del tradizionale diritto soggettivo; ovvero una categoria autonoma di posizioni soggettive, che trova il proprio contenuto metapatrimoniale nella garanzia costituzionale all'accesso dei beni comuni e sociali e la propria effettività sociale nella difesa processuale della fruizione generale.

5. Dall'emendamento A.S. 1195 "Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia" si profila una soluzione alla problematica giurisdizionale dell'azione risarcitoria per la tutela dei beni sociali. Invero, individuata la tutela degli interessi protetti, tradizionalmente identificati nell'interesse legittimo, la legittimazione non si esaurisce nella individuazione della situazione soggettiva, ma si rafforza e si "colora" di un predicato sociale che ne garantisce l'effettività determinandone anche la priorità all'interno della categoria sociale; ciò in quanto l'interesse legittimo si distacca dalla soggettività di riferimento acquisendo una funzione giurisdizionale legata alla socialità dell'istituto o del servizio. Nasce una nuova posizione soggettiva che intendiamo definire di "interessi a legittimazione sociale", che supera la classica dicotomia interesse legittimo/diritto soggettivo, in funzione della valorizzazione teleologica dell'*effettività* del risultato in termini di fruizione socialmente qualificata del servizio o istituto. Da questo punto di vista l'organo naturalmente competente abbiamo ritenuto (come del resto previsto per il settore dell'energia che costituisce una *species* del più ampio *genus* beni sociali) dovesse individuarsi nel giudice amministrativo; e gli ultimi emendamenti sull'azione collettiva nel settore pubblico sembrano aver accolto questa posizione.

La ripetuta presenza nel sistema di risposte parcellizzate alla tutela di determinati tipi di beni, come nel caso esemplare (?) della legislazione sull'energia dimostra la necessità di tentare una *reductio*

*ad unum* in ordine alla classificazione categorica della proprietà pubblica come prospettato dalla Commissione Rodotà, al fine di ovviare ad una “normalità smarrita” garantendo l’uniformità della tutela giurisdizionale. Si vuole qui ribadire che la riserva di una tutela giurisdizionale amministrativa su beni, servizi o istituti come energia, comunicazioni,... ha denotato la sofferenza (o ancor più l’insofferenza) del legislatore, consapevole della carenza di una classificazione sostanziale che rispondesse alla insita socialità della destinazione degli istituti e dei servizi, disgiunta dal criterio di appartenenza soggettiva delle forme dei servizi pubblici per essere sempre più legata alle concrete utilità e destinazioni degli stessi.

L’individuazione di un concetto unitario di bene sociale consente di sottrarsi alla critica secondo cui la contestazione del risarcimento andrebbe proposta davanti al giudice ordinario e non amministrativo laddove la socialità della vicenda garantisce l’afferenza al settore pubblico della controversia giuridica; e ciò finanche quando i soggetti coinvolti, in particolare i soggetti che gestiscono il servizio, siano privati, in quanto è la funzione sociale a garantire al contempo la pubblicità del settore coinvolto.

In riferimento all’esperibilità della class action contro la P.A. sarebbe comunque necessaria – come già anticipato - una differenziazione.

Per i beni sociali, il dettato costituzionale dell’art. 117 Cost., che prevede i criteri di riparto della competenza, costituisce un’analoga traccia per l’individuazione dei fondamenti della responsabilità e della riferibilità oggettiva dell’azione: nel caso di legislazione concorrente, responsabilità della Regione (per la concreta erogazione del servizio e funzionamento dell’ istituto) e concorso sussidiario di responsabilità delle Amministrazioni centrali ( per mancata erogazione o cessazione dei finanziamenti ad hoc; nonché per mancata determinazione o controllo dei livelli standard).

Per i beni comuni invece la dimensione sostanziale ascrivibile al predicato di preminenza dell’interesse generale connotante la categoria ne impone la riferibilità soggettiva esclusiva allo Stato, che

diviene l'unico legittimato passivo *ad causam*, a cui la formazione sociale si rivolge per ottenere tutela nella difesa della riserva di legge.

Da ultimo è evidente che la problematica dei beni sociali, quali istituti, servizi,.. (e non dei beni comuni per le connotazioni appena evidenziate) al fine di garantire gradi di cittadinanza, si potrà riproporre in termini nuovi anche sulle responsabilità o concorso di responsabilità in occasione dell'approvazione della normativa sul federalismo fiscale .

## **PARTE IV**

LA COSTITUZIONE ITALIANA E IL DIRITTO COMUNITARIO: UNA  
PROBLEMATICHE COESISTENZA. LA MANOMISSIONE DEL LINGUAGGIO E  
L'INCERTEZZA DEL DIRITTO



CAPITOLO PRIMO  
L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO NELLE CARTE DEL  
RESTAURO.

1. Carta di Nizza. Preambolo. – 2. Progetto di Trattato costituzionale, Carta Europea dei diritti fondamentali e diritti sociali. – 3. Il Trattato di Lisbona. – 4. Il conflitto tra Parlamento europeo e Corte di giustizia. Il *dumping sociale*. – 5. Il ritorno dello Stato nell'economia. Il protezionismo – 6. Perché la sentenza della Corte costituzionale tedesca mette a rischio il Trattato di Lisbona

1. Un *test* centrale per determinare il ruolo della solidarietà sociale e rispettivamente della sussidiarietà pubblica (orizzontale e verticale) nel nostro Paese, anche in relazione all'evoluzione comunitaria, è la tutela del lavoratore ed, in genere, l'organizzazione del mercato del lavoro in sede nazionale e comunitaria.

La nostra Carta costituzionale non lascia dubbi sulla scelta di un sistema democratico-sociale che pone in via prioritaria il bene-lavoro (art. 1 Cost.) rispetto agli altri beni patrimoniali<sup>209</sup>, iniziativa economica (profitto) e proprietà privata (rendita), esigendo da tutti i consociati solidarietà nelle formazioni sociali (art. 2 Cost.); nonché la volontà dello Stato di intervenire sussidiariamente per superare situazioni di emergenza sociale (art. 3 Cost.).

In coerenza con l'assunto generale, la trama dei rapporti economici costituzionali dove è rimarcata (art. 36 Cost.) la prioritaria tutela del lavoratore attraverso una strategia che muove anzitutto dall'obbligo di solidarietà del datore di lavoro che deve garantire al lavoratore una retribuzione proporzionata a quantità e qualità del lavoro svolto: sostenibilità economica e compatibilità giuridica sono gli elementi costitutivi che esauriscono il rapporto solidaristico. Garantito il rapporto solidale, emerge l'eventuale integrazione pubblica, intervenendo lo Stato sussidiariamente

---

<sup>209</sup> Per approfondimenti sul punto si cfr. P. PERLINGIERI, *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli 2006, p. 7 ss.

affinché siano garantiti “in ogni caso (al lavoratore) livelli di vita liberi e dignitosi”<sup>210</sup>, attraverso integrazione di servizi ed istituti sociali, sussidi, integrazioni salariali che liberino “fasci di utilità” del salario, di per sé entità variabile, virtuale.

Solidarietà, sostenibilità economica e compatibilità giuridica saranno gli elementi fondanti dello Statuto dei lavoratori e dell’art. 18 sul licenziamento per giusta causa, in quella breve alba sociale degli anni settanta.

Sulla strategia della Costituzione nel “mercato del lavoro” incombe soprattutto dal XXI secoli, il tentativo comunitario di costruire una Costituzione europea, in cui prevalga il c.d. diritto dell’economia, schermato dalla tutela del consumatore<sup>211</sup>.

I popoli europei nel creare tra loro un’unione sempre più stretta hanno deciso di condividere un futuro di pace fondato su valori comuni.

Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l’Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà; l’Unione si basa sui principi di democrazia e dello stato di diritto. Essa pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell’Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

L’Unione contribuisce al mantenimento e allo sviluppo di questi valori comuni, nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli europei, dell’identità nazionale degli Stati membri e dell’ordinamento dei loro pubblici poteri a livello nazionale, regionale e locale; essa cerca di promuovere uno sviluppo equilibrato e sostenibile e assicura la libera circolazione delle persone, dei beni, dei servizi e dei capitali nonché la libertà di

---

<sup>210</sup> Nell’ottica della piena valorizzazione della persona umana nel sistema costituzionale ed internazionale si cfr. P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli 2008, p. 11.

<sup>211</sup> Sul punto si cfr. G. CHINÈ, in G. ALPA e G. CHINÈ (a cura di), voce *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Digesto IV, Disc. Priv., Sez. civ., XV, Appendice*, Torino 1996, p. 546 ss., nonché G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari 2001, p. 202.

stabilimento. A tal fine è necessario, rendendoli più visibili in una Carta, rafforzare la tutela dei diritti fondamentali alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici.

La Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti della Comunità e dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dal trattato sull'Unione europea e dai trattati comunitari, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dalla Comunità e dal Consiglio d'Europa, nonché i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo. Il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della Comunità umana e delle generazioni future.

Rispetto alla Carta di Nizza, la nostra Costituzione pone precisi obiettivi di solidarietà e sussidiarietà nel campo del lavoro, di ciò ne costituisce perno l'art. 36: "Il lavoratore ha diritto alla retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro svolto e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa". Nel Trattato di Nizza scomparivano le garanzie quali livelli di vita liberi e dignitosi (art. 36 Cost.)<sup>212</sup>, l'elevazione economica e sociale del lavoratore (art. 46), la partecipazione alla gestione, l'accesso diretto e indiretto all'azionariato popolare (art. 46-47). Per il diritto all'abitazione<sup>213</sup> favorito dalla nostra Costituzione (art. 47) si parlava solo di assistenza abitativa.

Nell'ambito del lavoro si stabiliva che ogni individuo avesse il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta ed accettata, dopo aver precedentemente discriminato la facoltà di accedere gratuitamente all'istruzione obbligatoria. Scomparivano

---

<sup>212</sup> Cfr. F. LUCARELLI, *L'operatore giuridico*, cit, *passim*.

<sup>213</sup> Cfr. F. LUCARELLI, *Forum internazionale. La persona: su libertad y seguridad*, Madrid, 1-6 ottobre 2007.

due elementi portanti della tutela del lavoratore: quello dell'accesso alla gestione dell'impresa, garantito dal nostro art. 47 Cost. sostituito solo dalla garanzia dell'informazione; mentre il diritto all'abitazione è sostituito dall'unica garanzia dell'assistenza abitativa.

Bisogna infine sottolineare che mentre la Carta dà spazio ai “nuovi diritti”<sup>214</sup> quali disciplina della concorrenza, tutela del consumatore<sup>215</sup> e tutela dell'ambiente, mancano i riferimenti tradizionali alle radici delle civiltà quali i beni culturali ed il paesaggio, il che è estremamente grave in una Carta la quale dovrebbe essere tesa alla individuazione dei valori condivisibili: si pensi alla Lista Unesco del Patrimonio Mondiale ed i suoi condivisibili (e condivisi) valori internazionali tutelati dalla Convenzione.

Tali osservazioni sono in parte recepite dal successivo Progetto di Trattato costituzionale (2003), preparato dalla Commissione presieduta da Giscard d'Estaing. In queste elaborazioni si prospetta di nuovo (ed è positivo) il piano diverso su cui opera il *ground zero* di tutela della persona rispetto alle garanzie di coesione sociale. Gli elementi che sostengono questa tesi evolutiva sono rappresentati dall'art. 2 che esamina separatamente il fondamento dei valori di dignità umana, libertà, di democrazia dello stato di diritto e del rispetto dei diritti dell'uomo, rispetto all'obiettivo di una società pacifica (leggi coesione sociale) che pratica la tolleranza, la giustizia e la solidarietà. Questi obiettivi si chiariscono ancor più nell'art.3 nelle sue varie articolazioni laddove in base al principio di sussidiarietà si promuove il *benessere dei popoli*, uno sviluppo sostenibile basato sulla crescita economica equilibrata e la giustizia

---

<sup>214</sup> F. LUCARELLI – L. PAURA, *Diritto privato e diritto pubblico*, cit., p. 218 s.

<sup>215</sup> Cfr. G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, in G. VETTORI (a cura di), *Persona e mercato, quaderni di orientamento sul nuovo diritto dei privati*, Padova 2002, p.4; V. RIZZO, *Le clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli 1994, p. 666; F.D. BUSNELLI, *Una possibile traccia per un'analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in C.M. BIANCA e F.D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV- bis del codice civile: dei contratti stipulati con i consumatori*, Padova 1997, p. 1246 ss.

sociale in un contesto di piena occupazione che garantisca un tenore di vita elevato (riaffiorano quindi quei livelli di vita liberi e dignitosi garantiti dai nostri rapporti economici costituzionali). In questa prospettiva ricompare il principio di solidarietà tra le generazioni, di pari opportunità, dell'eliminazione della povertà, nonché dei diritti dell'infanzia: tutti principi che sono richiamati nell'ambito della solidarietà intersoggettiva.

2. Come è noto, il Preambolo del Progetto di Trattato costituzionale rinvia genericamente ai valori che sono alla base dell'umanesimo, quali l'uguaglianza degli esseri umani, la libertà, il rispetto della ragione e l'art. 2 dispone che "L'Unione si fonda sui valori di rispetto della dignità umana, libertà, democrazia, uguaglianza, stato di diritto e rispetto dei diritti dell'uomo. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società fondata sul pluralismo, sulla tolleranza, sulla giustizia, sulla solidarietà e sulla non discriminazione".

E' evidente che i suddetti valori delineano un quadro che ruota intorno alla nozione di libertà ed ai principi fondativi dello Stato di diritto. Gli unici riferimenti, seppur indiretti, ai diritti sociali, è possibile desumerli nell'art. 3, co. 3 laddove si afferma che "L'Unione si adopera per un'Europa dello sviluppo sostenibile basata su una crescita economica equilibrata, un'economia sociale di mercato...che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, un elevato livello di tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente....Essa combatte l'esclusione sociale...e promuove la giustizia e la protezione sociale. Essa promuove la coesione economica e sociale e territoriale", e nell'art. 4, comma 1 prevede che l'Unione europea contribuisca all'eliminazione della povertà.

La dimensione sociale della Carta, dai contorni nebulosi e sfumati, va ad attenuarsi in un quadro di riferimento nel quale la concorrenza assurge a principio assoluto e deve essere "libera e non

distorta” (art. 3, co. 2), nell’ambito di un’economia di mercato fortemente competitiva (art. 3, co. 3). Il principio di coesione socio-economica e territoriale posto, tra l’altro, con l’art. 16 TUE, tra i principi fondativi del diritto europeo, rischierebbe di essere interpretato non come un prerequisito alle politiche pubbliche, ma come un mero obiettivo da raggiungere per mezzo delle politiche economiche stesse; sarebbe quindi il mercato stesso a garantire la ricaduta sociale: il chene rivela l’equivoco di fondo.

Un valore in parte riconducibile all’eguaglianza di trattamento ed alla perequazione, un’interpretazione in questi termini del principio di coesione economico-sociale consentirebbe, invece, di rivedere profondamente alla regola della concorrenza<sup>216</sup>, in particolare allorquando il mercato non sia in grado di raggiungere gli obiettivi sociali.

La genericità del Trattato Costituzionale in tema di diritti sociali che tradisce le aspettative di una c.d. Costituzione sociale risulta soltanto in parte colmato dal rinvio alla Carta di Nizza, infatti, da un primo esame, seppur di natura formale, va evidenziato che anche nella Carta Europea dei Diritti Fondamentali manca un esplicito capo dedicato ai diritti sociali<sup>217</sup>. Quanto detto trova recente conferma nella evoluzione della crisi economica in cui la ripresa del mercato avviene non scongiurando (anzi accentuando) un aumento della disoccupazione.

Tuttavia, seppur in assenza di un esplicito richiamo, il capo IV del Trattato, relativo alla solidarietà, contiene un elenco di diritti, molti dei quali, almeno secondo la tradizione dell’Europa continentale, potrebbero essere ascritti tra i diritti sociali.

3. Il Trattato di Lisbona del 2007 completa il disegno della carta di Nizza (e del successivo Trattato) di un modello “cosmopolitico di democrazia”, un movimento politico e di pensiero qualificabile

---

<sup>216</sup> Cfr. M. NUZZO, *Le banche e le imprese di investimento*, relazione alla *Seconda settimana di studi “Diritto privato comunitario”*, Camerino, 3–7 settembre 2007.

<sup>217</sup> P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione*, cit., *passim*.

come “costituzionalismo globale” che dovrebbe realizzare la progressiva democratizzazione delle istituzioni internazionali attraverso il riconoscimento e l'estensione della protezione dei diritti umani.

A questa interpretazione sono state mosse critiche e sollevate perplessità in riferimento al ruolo che viene assegnato ai diritti umani (Cassese, Luciani). Essi possiedono, in realtà, un'universalità più che dubbia, visto che la loro origine e i loro contenuti li legano strettamente alla tradizione occidentale e li allontanano da altre culture assai più sensibilmente di quanto comunemente non si lasci intendere. Le tendenze verso un riconoscimento di tutti i paesi del mondo nei valori espressi da quei diritti, anche se percepibili e importanti, sono pur sempre delle tendenze, ed è difficile comprendere sin d'ora quali ne saranno gli esiti. Si potrebbe poi aggiungere che nei diritti umani la dimensione di potere, che per definizione caratterizza i diritti fondamentali, è così sfuggente da restare inafferrabile (quali sono gli spazi del loro effettivo esercizio, e verso chi possono essere esercitati, almeno come veri e propri diritti umani e non come diritti costituzionali riconosciuti dall'uno o dall'altro Stato del pianeta).

Nel Trattato di Lisbona predomina l'atteso pragmatismo sui suoi caratteri prescrittivi, sul funzionamento del Governo, sull'organizzazione del voto non più necessariamente unanimistico; sulla solidarietà verticale che lascia ampi spazi ai Governi nazionali.

Il principio di sussidiarietà applicato nelle società politiche strutturate su più livelli di responsabilità, comprende sia un principio regolatore dell'esercizio delle competenze che, partendo dal presupposto della titolarità esclusiva della “competenza delle competenze” in capo agli Stati, presiede alla ripartizione delle competenze tra diversi livelli della società politica multilivello, sia due principi che, ponendosi come corollari del primo, presiedono all'esercizio effettivo delle stesse competenze. L'insieme dei tre principi o, se si vuole, dei tre sottoprincipi dell'unico principio di sussidiarietà è insito nella filosofia e nella prassi costante della

costruzione europea ed è esplicitato, a seguito di Maastricht, nell'art. 5TCE (mentre nel TUE è disciplinato, con maggiori dettagli e riferito all'Unione e non più alla Comunità, all'art. 3 ter, poi 5).

Ma è il versante dei rapporti economici, il c.d. ordinamento civile, a veder confermata l'ambiguità delle scelte sociali, ovvero la precisa e reiterata volontà di dar luogo ad una "democrazia economica". In essa le leggi dell'economia, la concorrenza ed il mercato, sulla scia delle leggi della tecnica e della scienza, hanno finito per reclamare una oggettività ed una indiscutibilità che le ha rese sempre più impermeabili rispetto alla società. Così si spiega la ratio del Trattato in cui l'obiettivo del "consenso sociale", ispirato a principi di uguaglianza formale, si sia aperto soltanto alla forme di contrapposizione sociale più conflittuale (il lavoro), lasciando intatti i simboli della democrazia economica (proprietà, proprietà intellettuale, impresa).

Difatti, nella Carta la libertà di impresa ed il diritto di proprietà sono inseriti nei diritti fondamentali (le libertà), mentre il principio di solidarietà comprende soprattutto una vasta gamma di situazioni sociali inerenti il rapporto di lavoro: diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque; disposizioni relative al licenziamento ingiustificato; divieto del lavoro minorile; diritto a negoziazioni ed azioni collettive; diritto di accesso ai servizi di collocamento; diritto dei lavoratori a informazione e consultazione.

D'altra parte anche il diritto all'abitazione così presente nella nostra Costituzione (art. 47) diviene soltanto assistenza abitativa.

Inoltre il diritto pubblico sembra perdere – ci riferiamo alla Costituzione italiana (artt.43 e 41, comma 3 Cost.) – quella funzione di ponte tra istituzioni pubbliche ed il diritto dei privati. Persa specificità e ruolo nel sociale, il diritto pubblico rientra nell'alveo del diritto amministrativo: nessuna direttiva in tema di riserva di legge, di servizi pubblici essenziali, asserviti tutti alle regole della concorrenza e del mercato.



Inoltre le remore sulla cultura, hanno indotto ad escludere il recepimento (presente in Carte e Convenzioni universali) alla tutela dei beni artistico-culturali e paesaggistici quale patrimonio dell'umanità. Più che altro di stile il richiamo all'ambiente (di cui se ne ripete il monito ad un elevato livello di tutela).

4. Riportiamo di seguito gli articoli del Trattato di Roma che formano oggetto delle sentenze in commento:

Trattato di Roma

CAPO 2

IL DIRITTO DI STABILIMENTO

Articolo 43

Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro.

La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 48, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali.

CAPO 3

I SERVIZI

Articolo 49

Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione.

Le motivazioni del conflitto:

Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, può estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno della Comunità.

Il Parlamento europeo a larghissima maggioranza, con i voti del partito popolare e di quello socialista, ha adottato il 22 ottobre 2008 una Risoluzione legislativa che contraddice la recente giurisprudenza adottata dalla Corte di Giustizia europea che legalizza il *dumping* sociale.

Mentre la crisi economica attanaglia il tessuto sociale, le decisioni assunte dimostrano le contraddizioni e i limiti di una assemblea che dovrebbe essere l'espressione dei popoli dell'Unione. Esse incidono, soprattutto, sul mercato del lavoro, sui principi solidaristici dell'equa remunerazione del lavoratore, sul ruolo "sociale" dell'impresa.

Il tema scottante è quello della libertà di stabilimento e della libera circolazione nella comunità di cittadini, di servizi ed insediamenti industriali.

In qualche mese, da novembre 2007 a giugno 2008 la Corte di giustizia ha depositato quattro sentenze che affermano, in controtendenza, la prevalenza dell'impresa e del profitto sulla parità dei diritti dei lavoratori a livello comunitario.

Nell'affare *Viking* (11 dicembre 2007) una compagnia finlandese ha reimmatricolato un ferry in Estonia per sfuggire alla Convenzione collettiva finlandese che fissa i salari minimi dei marinai. La Corte di giustizia CE ha dato torto ai sindacati che si opponevano a manovre destinate a legittimare salari differenziati.<sup>218</sup>

Nell'affare *Laval* (18 dicembre 2007) la Corte si è orientata a favore delle imprese giudicando illegittimo il tentativo del sindacato svedese di organizzare il blocco dei cantieri dell'impresa in Svezia per contrastare la decisione di utilizzare una Convenzione collettiva

---

<sup>218</sup> Corte giust., 11 dicembre 2007, c. 438/05, *International Transport Workers' Federation and Finish Seamen's Union* (causa *Viking*), GU C 51 del 23.02.2008, pag. 11

lettone per dislocare una prestazione di servizi. La decisione<sup>219</sup> è stata assunta applicando in modo restrittivo gli artt. 43 e 49 del Trattato di Roma del '50 (prima evidenziato) sulla libertà di allocazione e sulla libera prestazione dei servizi.

Nell'affare *Riiffert*, (3 aprile 2008), la Corte ha condannato<sup>220</sup> il Land della Bassa Sassonia per aver bloccato la libertà di allocazione di un'impresa polacca. Il Land aveva ritenuto illegittimo il salario erogato dall'impresa in quanto inferiore al salario minimo imposto a tutte le società di costruzione nel mercato pubblico.

Infine nel conflitto Commissione contro il Lussemburgo (19 giugno 2008) la Corte di giustizia ha preso le parti della Commissione europea che rimproverava al Lussemburgo il fatto di aver trascritto nella propria legislazione la direttiva del 1996 in maniera troppo restrittiva, qualificando “*superflutatoires*” le condizioni imposte dal Gran Ducato per i prestatori di servizi stranieri.

In tutti questi giudicati si riscontra il filo conduttore della qualificazione di libertà fondamentale riconosciuta alla libertà di insediamento industriale (*liberté de établissement des entreprises*, art. 43 del Trattato di Roma, la libera prestazione dei servizi, art. 49 del Trattato). Si stabiliva così una gerarchia assiologica tra i diritti delle imprese e le norme sociali, con prevalenza dei primi sulle seconde.

D'altra parte nella decisione adottata contro il Lussemburgo i magistrati avevano chiaramente dichiarato l'incompatibilità tra salario minimo e diritto europeo se esso è “suscettibile di rendere meno attraente” la dislocazione di attività imprenditoriale proveniente da altro Stato comunitario.

La questione relativa alla nozione di ordine pubblico viene in rilievo in tutta la sua complessità in merito alla prescrizione che impone l'adeguamento automatico della retribuzione all'evoluzione del costo della vita. La Commissione nelle fasi preliminari aveva

---

<sup>219</sup> Corte giust., 18 dicembre 2007, c. 341/05, *Laval un Partneri Ltd* (causa *Laval*), GU C 51 del 23.02.2008, pag. 9.

<sup>220</sup> Corte giust., 3 aprile 2008, c.346/06 *Riiffert*, GU C 128 del 24.5.2008, pag. 9.

affermato che, ai sensi della direttiva sui distacchi, un simile adeguamento all'inflazione potesse essere previsto solo per i salari minimi (in quanto la direttiva prevede solo una soglia minima di protezione), mentre il Lussemburgo sosteneva la necessità ad estenderlo a tutte le retribuzioni al fine di garantire la pace sociale.

La Corte ha affermato così che la definizione di ordine pubblico, vista la sua rilevanza per il diritto comunitario, non può essere determinata in modo unilaterale dal singolo Stato membro e conseguentemente che, trattandosi di un'eccezione, la nozione di ordine pubblico deve essere interpretata restrittivamente e vi si può fare ricorso solo in caso di minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi della collettività. A ciò si deve aggiungere che, secondo quanto sostenuto dalla Corte, la misura adottata a tutela dell'ordine pubblico deve essere opportuna, proporzionata e circostanziata in modo da limitare il più possibile la deroga alla libera circolazione dei servizi.

Sulla base di queste considerazioni, quindi, l'adeguamento di tutte le retribuzioni all'inflazione non è giustificabile con ragioni di ordine pubblico ed è, quindi, illegittimo.

È facilmente intuibile che in effetti la Corte di giustizia ha strumentalizzato le lacune della legislazione comunitaria sulla libera concorrenza per dare un'interpretazione contraria all'indirizzo parlamentare più volte ribadito (anche di recente) a favore della difesa dei lavoratori anche in occasione della loro libera circolazione. A tutte le recenti decisioni della Corte si è opposta la Risoluzione legislativa del 22 ottobre 2008, adottando al larghissima maggioranza una pronuncia sulla libera circolazione dei servizi senza dumping sociale; il che è stato precisato in alcuni interventi per opporsi alla "tendenza costante del Parlamento europeo di lasciarsi fagocitare dai grandi gruppi economici".

Questa Risoluzione, che non ha effetto obbligatorio, costituisce comunque una forte pressione politica sugli Stati membri e sulla Commissione nell'esigenza di adottare provvedimenti necessari a chiarire i vuoti del diritto comunitario; è stata adottata a larga

maggioranza, 474 voti contro 106 e 24 astensioni e ha conferito al Parlamento un'immagine di difensore dell'Europa sociale. Posizione rafforzata il 6 novembre 2008 nell'opposizione all'allungamento dei tempi di lavoro da 48 a 70 ore settimanali<sup>221</sup>.

Durante il dibattito sulle sentenze della CJCE il Parlamento si è rifiutato di chiedere apertamente una chiarificazione dei Trattati al fine di sancire l'equilibrio tra i diritti economici e i diritti sociali. La GUE (la sinistra parlamentare) ha duramente attaccato il rigetto della proposta affermando che il documento presentato che proponeva di aggiungere la clausola del "progresso sociale" non reclamava la modificazione dei diritti fondamentali necessari alla protezione dei lavoratori. La versione iniziale del testo votato riconosceva che emendare il Trattato di Lisbona costituiva una valida opzione; ma questa soluzione è stata cinicamente respinta.

Concludendo è preoccupante come in una fase di così grave crisi economica la Comunità europea si presenti spaccata tra il Parlamento e l'Organo giudiziario. Crisi, secondo alcuni, che si sarebbe aggravata a seguito dell'arrivo dei giudici dei Paesi dell'Europa centrale ed orientale di cui è nota la posizione critica nei confronti del diritto sociale.

Potrebbe sorprendere l'atteggiamento ultraliberista di giudici formati professionalmente in Paesi ex-comunisti. Ma vi è una logica di fondo, un nazionalismo *bouleversé* (rovesciato) di chi intende attrarre capitali e tecnologie di Paesi a capitalismo avanzato offrendo soluzioni territoriali favorevoli per gli insediamenti industriali e manodopera sottopagata ; il che per il proprio Paese genera nuova linfa in un tessuto industriale fatiscente.

Il problema della tutela del lavoro ed i limiti alla circolazione e dislocazione di aziende, servizi e lavoratori comunitari, la parità salariale sono temi scottanti anche per il nostro Paese che vede in una fase di grave crisi economica (endemica e non ciclica)

---

<sup>221</sup> Per le problematiche riguardanti il contrasto tra le norme interne e quelle comunitarie cfr. A. TIZZANO e S. FORTUNATO, *La tutela dei diritti*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Torino 2000, t. II, p. 1302 ss.

accentuarsi la dislocazione di attività industriali in paesi dove i salari e la loro tutela garantiscono un “ventre molle” al mercato del lavoro. Ci stupiamo che a differenza dei sindacati finlandesi, svedesi tedeschi e lussemburghesi, né il nostro Governo né tantomeno i sindacati abbiano esercitato azioni intese ad arrestare la deriva liberistica della circolazione degli stabilimenti e dei lavoratori comunitari, in un mercato del lavoro che sfrutta al crisi economica nei vuoti della legislazione comunitaria.

5. La crisi economica devastante, originata dai mutui *subprime* e dal tracollo dell'edilizia in America, si è estesa a macchia d'olio con rapidità sorprendente all'intero mondo globalizzato, trascinando in un vortice le banche ed il risparmiatore, per la tossicità dei titoli del mercato azionario; coinvolgendo in breve l'economia reale e le industrie, generando precariato, cassa integrazione e disoccupazione per la chiusura e il fallimento di grandi complessi e di miriadi di piccole e medie industrie. La crisi ha riproposto in maniera drammatica, per la sua accelerazione, nodi vitali di scelte politiche che il libero mercato riteneva aver dissolto affidando la gestione economica al privato, facendo prevalere il liberalismo sul sociale, lasciando allo Stato solo spazi residuali di *Welfare*: per l'Italia privatizzazione di servizi e istituti pubblici, abbandono della riserva dei beni comuni; e via via, a cascata, abbandono dell'edilizia sociale, strette dolorose sulla sanità, *project financing* per le opere pubbliche, libera circolazione di industrie, lavoro, beni e servizi.

La crisi ha completamente rovesciato lo scenario imponendo un ritorno precipitoso dello Stato, il che in Italia si è verificato attraverso l'Irizzazione degli istituti bancari (i *Tremonti-bond*), l'acquisizione o il rafforzamento di quote azionarie dei gruppi finanziari ed industriali, superando precedenti preclusioni di cittadelle finora inespugnabili, il finanziamento a totale carico dello Stato delle grandi opere infrastrutturali, il ritorno dell'edilizia sociale (il piano casa). A volte ciò si è anche rivelato strumentale ad

acquisire o ad accrescere situazioni di potere e di consenso politico in un mondo industriale e finanziario per chi ne era escluso (l'accesso ai "salotti buoni").

Sorprendente il giri di valzer sul Piano casa che nella iniziale destinazione all'edilizia popolare, voluta nel '97 dal Ministro delle Infrastrutture Di Pietro si è visto prima decurtare i fondi, per poi destinarli ad una aggressiva politica di accrescimento dell'edilizia esistente contro ogni logica urbanistica (perfino l'India riscopre in questi anni le *villes nouvelles*).

Il controllo dello Stato nell'economia, l'esigenza di frenare il tracollo industriale in settori vitali e con esso la disoccupazione crescente, sta inducendo sempre più l'area comunitaria ad adottare misure protezionistiche sulla dislocazione delle industrie e del mercato del lavoro, nonché incentivi riservati a produzioni nazionali (Francia), in controtendenza con gli artt. 43 e 49 del Trattato di Roma sulla libera circolazione di attività, beni e servizi, manodopera all'interno della Comunità.

Come nel 1929 anche questa crisi può portare a una grande riforma del sistema bancario. Tra le nuove regole ci sarebbero controlli più stringenti per i derivati, i credit *default swaps*, gli *hedge fund*; nonché sui conflitti d'interessi delle agenzie di rating. Una radicale *re-regulation* dei mutui. Forse perfino una "ingerenza" del legislatore sulle retribuzioni dei manager, un tema finora tabù nell'America del libero mercato. L'ingerenza si è estesa fino al punto di "tassare" le riserve d'oro della Banca d'Italia. In tal caso le ripercussioni potrebbero riguardare non solo l'economia ma anche le gerarchie di valori nella società in cui viviamo.

Ma quel che vale per l'economia e le Banche, l'esigenza di darsi nuove regole e controlli, vale anche per quella grande e irrealizzata comunità che è l'Unione europea.

Questa crisi può convincere anche i più riottosi antieuropeisti che è giunto il momento di completare l'unione economica con gli strumenti normativi, anzitutto la Costituzione europea.

Il momento è propizio, l'allargamento della Comunità a 25 Stati, ma soprattutto la Tempesta perfetta che attanaglia particolarmente le Nazioni dell'Est e che rischia di creare un "nuovo muro" questa volta dell'economia, potrebbe rilanciare il disegno che fu di Alterio Spinelli della Europa sociale superando l'arido processo di concentrazione ed acquisizione degli anni Novanta (ma si vedano già le preclusioni della Corte costituzionale tedesca).

6. Il Trattato di Lisbona ha previsto che in determinati casi le sue norme possano essere modificate dagli organi dell'Unione senza il concorso degli Stati, marginalizzando il ruolo degli Stati. In concreto le modifiche si intendono approvate se entro sei mesi dalla loro comunicazione il singolo Parlamento nazionale non abbia trasmesso una propria formale opposizione. La ratifica, quale disciplinata dalle norme costituzionali interne, viene dunque sostituita da una procedura di silenzio-assenso.

In questo consiste la vera novità del Trattato di Lisbona, la preminenza attribuita agli organi dell'Unione nella procedura di revisione del Trattato.

L'importanza delle modifiche del Trattato che gli organi dell'Unione possono introdurre in piena autonomia, consiste nella sostituzione della procedura legislativa ordinaria a quella speciale, nelle deliberazioni del Consiglio, nella sostituzione della maggioranza qualificata alla unanimità.

Nella procedura legislativa speciale la Commissione interviene ed il suo ruolo è dominante. Parlamento e Consiglio non possono deliberare se e fino a quando la Commissione non abbia formulato una proposta. La sostituzione della maggioranza qualificata alla unanimità comporta che uno Stato possa essere vincolato ad una delibera alla quale il suo rappresentante non abbia partecipato.



La Corte Costituzionale tedesca<sup>222</sup>, chiamata da alcuni ricorsi a valutare la compatibilità di queste novità con il sistema costituzionale interno, partendo dalla premessa che, nell'attuale fase di integrazione, gli organi dell'Unione non raggiungono il livello di legittimazione democratica necessario per sostituire il Parlamento tedesco nell'esercizio di funzioni sovrane, ha ritenuto la natura sovrana delle funzioni che formano oggetto delle norme esaminate. Ha dedotto come conseguenza l'incostituzionalità della legge che ha autorizzato la ratifica del Trattato di Lisbona nelle parti in cui, in virtù delle norme esaminate, gli organi dell'Unione si sostituiscono al Parlamento nazionale..

Come la Germania reagirà alla sentenza della Corte Costituzionale? Una soluzione si avrebbe se una nuova legge del Parlamento autorizzasse la ratifica del Trattato alla precisa condizione che le decisioni adottate dagli organi dell'Unione ricevano attuazione solo dopo che il Parlamento, nel rispetto delle competenze del Bundestag e del Bundesrat, le abbia caso per caso approvate. L'identità del testo ratificato è viceversa essenziale perché un trattato multilaterale, quale è quello di Lisbona, come tale espressamente qualificato dalla Corte Costituzionale tedesca, entri in vigore.

Potrebbe prospettarsi una soluzione più radicale, che la Germania accetti il Trattato di Lisbona così come è, autorizzandone la ratifica con legge costituzionale. Sembra tuttavia improbabile che in una fase politica incerta, quale quella attuale, in un Paese come la Germania, sempre così attento nella tutela della propria sfera di sovranità, una qualche forza politica si assuma la responsabilità di proporre il trasferimento incondizionato e definitivo di poteri di obiettiva rilevanza costituzionale ad organi dell'Unione che la Corte costituzionale ha già giudicato privi della legittimazione democratica necessaria.

---

<sup>222</sup> Articolo di G. GUARINO, *Corriere della sera*, 19 luglio 2009, p. 8.

## CAPITOLO SECONDO

### DE-STRUTTURAZIONE LEGISLATIVA E MANOMISSIONE DEL LINGUAGGIO

#### **Il linguaggio<sup>223</sup> giuridico e la normalità smarrita**

##### SINOSI:

Leggi speciali e funambolismo legislativo tra contraddizioni, equilibrismi e ripensamenti. Un esempio: il Piano casa, da villettopoli alle misure antisismiche

Dalle leggi contenitore all'intersezione dei provvedimenti- la legge milleproroghe

Leggi *ad personam* e conflitti di interesse (lo scudo legislativo e le depenalizzazioni etc.) Leggi manipolate (la procreazione assistita). Sliding doors (il testamento biologico e il decreto sicurezza). Leggi virtuali (il federalismo fiscale)

Inapplicazione o attuazione manipolata delle direttive europee e delle sentenze della Corte di Giustizia.

---

<sup>223</sup> “Un sintomo del grado di sviluppo della democrazia e in generale della qualità della vita pubblica si può desumere dallo stato di salute della parole, da come sono utilizzate, da quello che riescono a generare. Oggi, nel nostro paese, lo stato di salute delle parole è preoccupante. Stiamo assistendo a un processo patologico di conversione del linguaggio a un'ideologia dominante attraverso l'occupazione della lingua. L'espropriazione di alcune parole chiave del lessico civile. È un fenomeno riscontrabile nei media e soprattutto nella vita politica, sempre più segnata da tensioni linguistiche orwelliane. Gli usi abusivi, o anche solo superficiali e sciatti, svuotano di significato le nostre parole e le rendono inidonee alla loro funzione: dare senso al reale attraverso la ricostruzione del passato, l'interpretazione del presente e soprattutto l'immaginazione del futuro. Se le nostre parole non funzionano – per cattivo uso o per sabotaggi più o meno deliberati – è compito di una autentica cultura civile ripararle, come si riparano meccanismi complessi e ingegnosi: smontandole, capendo quello che non va e poi rimontandole con cura. Pronte per essere usate di nuovo. In modo nuovo, come congegni delicati, precisi e potenti. Capaci di cambiare il mondo.”, di G. CAROFIGLIO, *La Repubblica*, 28 luglio 2009.

Le leggi nascono nel privato: Parlamento esautorato, condono, accordi verticistici. Allestimento nel gabinetto dei ministeri o in studi privati.

Prevalenza di decreti legge o voti di fiducia

Alterazione del tessuto legislativo istituzionale a livello italiano e comunitario. Abbandono dei microsystemi: Codice dei beni culturali e Codice del consumo.

### **Il linguaggio giuridico e le violazioni costituzionali**

Casi non manifestamente infondati di leggi in violazione della Costituzione.

Casi oggetto di studio nella ricerca

Le violazioni:

principio di uguaglianza, art. 3 Cost.

diritti della persona, art. 2- 13 Cost.

dell'art. 7 C. Il diritto e l'etica confessionale

Ulteriori violazioni :

art. 42 Cost.(esproprio),art. 97 Cost.(trasparenza ed economicità della PA) e art. 117 Cost. (potestà concorrente), art. 102 Cost. (tribunali speciali), copertura finanziaria (art. 81 Cost.)

violazione diffusa dei rapporti economici costituzionali (art. 36 e ss C.)

### **Il linguaggio giuridico al tempo della globalizzazione**

La manomissione del linguaggio, l'evanescenza normativa e il c.d. diritto dell'economia.

Il giurista e il linguaggio funzionale e strutturale

La tecnica legislativa ed il linguaggio. Abbandono di terminologie storicamente consolidate. La geografia linguistica

Lo sviluppo dell'informatica e le nuove tecniche di comunicazione (reti telematiche). Il persuasore.

I nuovi diritti tra formazione ed informazione (ambiente ed informatica ed i linguaggi tecnici codificati)

### **Linguaggio elusivo**

Copertura finanziaria del decreto Abruzzo

Copertura finanziaria sul piano di supporto all'attuazione del federalismo fiscale

### **L'internazionalizzazione del linguaggio giuridico**

La CE e la Babele linguistica. La sofferta coabitazione del linguaggio giuridico.

Il linguaggio giuridico dalla Carta di Nizza al Trattato di Lisbona.

La geografia linguistica. I Trattati internazionali e le Convenzioni, le Direttive e le Raccomandazioni comunitarie. Loro trasposizione, difficoltà ed inesattezza nella traducibilità.

Codici deontologici e codici di autoregolamentazione. Il diritto debole, il diritto mite.

La *lex mercatoria* ed il corpo di regole creato dalla Comunità dei commercianti per esigenze del commercio internazionale

La globalizzazione ed il diritto dei privati: uniformità ed omologazione delle regole e del linguaggio.

### **Il linguaggio e l'analisi economica del diritto**

La *soft law* e la *hard law*: raccolta di principi e regole di origine spontanea elaborata da organizzazioni nazionali ed internazionali, governative e non governative

La *soft law* e la *lex mercatoria*: gli *standards* e il c.d. diritto dell'economia

### **Il linguaggio giuridico e la certezza del diritto**

Il tramonto della certezza del diritto e della terminologia giuridica

Trasposizione di linguaggi settoriali afferenti campi extragiuridici (geografico commerciale, etico, etc.).

Utilizzo del linguaggio a vari livelli di formazione legislativa.

A-tecnicismo e de-specializzazione della legislazione nei governi di destra

Abbandono del dettame giuridico ed utilizzo del linguaggio comune

### **Due casi di linguaggio creativo**

In materia di linguaggio virtuale o invenzione di linguaggio, due vicende inquietanti di utilizzo disinvoltato di fondamenti giuridici, ovvero addirittura di creative invenzioni, l'una quella dell'utilizzo dei voli di Stato, l'altra dell'utilizzatore finale. Ma procediamo con ordine.

Per i voli di Stato la direttiva Prodi del 2007 individuava nella riserva soggettiva:

Presidente della Repubblica;

Presidente del Senato;

Presidente della Camera;

Presidente del consiglio;

Presidente della Corte costituzionale;

ex Presidenti della Repubblica.

La direttiva Berlusconi 2008, oltre alle personalità della direttiva Prodi, prevede possano imbarcarsi ospiti al seguito con la disposizione: "è consentito imbarco di personale estraneo a delegazione ma accreditato in base a natura del viaggio, al rango rivestito, a esigenze protocollari, a consuetudini"

L'unico appiglio giustificativo alla variopinta turba di gente che utilizzava i voli di Stato dopo la modifica introdotta dal Governo Berlusconi può ricercarsi nel surrettizio inserimento finale del termine, a prima vista tecnico-giuridico, della consuetudine.

Ma è certo che non si possa ritenere consuetudine – cioè il richiamo all'osservanza costante ed uniforme di regole di condotta da parte della comunità con la convinzione della loro obbligatorietà – l'accompagnamento di strimpellatori, di personale destinato al proprio intrattenimento ludico; o peggio veline ed entrainense di alto bordo.

Talora, dando per scontata l'ignoranza dei *media*, si vuole far passare per linguaggio giuridico una invenzione letterale coniata ad personam. È il caso dell'avvocato- deputato Ghidini che, per scongiurare l'ipotesi dell'accusa di sfruttamento della prostituzione del suo potente assistito, ha coniato per lo stesso la terminologia di "utilizzatore finale" quale dirimente. Ne assumeva, inoltre, il fondamento giuridico, salvo poi doversi rimangiare la fantasiosa espressione del tutto inventata.

CAPITOLO TERZO  
FEDERALISMO FISCALE TITOLO V COST.  
ARTT.116, 117, 118, 119, COST. E IL LINGUAGGIO GIURIDICO

**Compatibilità con il sistema costituzionale**  
**Principio di solidarietà e principio di sussidiarietà (artt. 2, 3 Cost.):**

Solidarietà (art.2 Cost.)  
Sussidiarietà orizzontale e verticale (art. 3 Cost.)  
Autonomie locali (art. 5 Cost)  
Anagrafe tributaria  
Principi di efficienza, trasparenza e buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost).

**Federalismo fiscale:**

Patto di stabilità e crescita ***armoniosa***<sup>224</sup> degli Enti  
Determinazione del fabbisogno ***standard*** quale ***indicatore*** per  
comparare l'azione pubblica alle funzioni riconducibili ai livelli  
***essenziali*** delle prestazioni  
Patto di convergenza della spesa storica al fabbisogno standard  
certificato  
Differenziale certificato  
Responsabilizzazione amministrativa, finanziaria e contabile  
degli amministratori  
Definizione di perequazione  
Contrasto alla evasione fiscale  
Sviluppo aree sottoutilizzate e superamento del ***dualismo***  
economico del Paese

**Solidarietà e federalismo fiscale.**

---

<sup>224</sup> Si indicano in grassetto le formule linguistiche creative.

**Sostenibilità economica e compatibilità amministrativa  
(art.97 Cost.)**

Efficienza e trasparenza nell'attività dell'Ente  
Piena valorizzazione della sussidiarietà orizzontale  
Certezza delle risorse e stabilità tendenziale del quadro economico di riferimento

**Razionalità e coerenza** del sistema tributario

**Continenza** nell'armonizzazione dei tributi

**Flessibilità** fiscale

Rispetto dei costi **standard** dei servizi associati ai livelli essenziali delle prestazioni

**Sussidiarietà verticale e perequazione pubblica nel federalismo fiscale.**

**Premialità** dei comportamenti **virtuosi** efficienti

Costo e fabbisogno **standard** quale **indicatore** del finanziamento sussidiario

**Standard** dei livelli **essenziali** delle prestazioni rapportati ai bisogni fondamentali

Livello **minimo** assoluto del fabbisogno corrispondente ai livelli essenziali degli standard di prestazione di **una sola Regione**

**Fondo perequativo** (art. 13 Cost.). **Perequazioni infrastrutturali.**

Coordinamento e disciplina fiscale dei diversi livelli di Governo

Computo dell'**indicatore** di fabbisogno finanziario tra il valore standardizzato del gettito ed il valore standard del fabbisogno

**Solidarietà e sussidiarietà in aree urbane vaste. Le città metropolitane.**

Roma capitale



## **L'attuazione del federalismo: 24 mesi per i decreti legislativi da adottare**

### **Le Commissioni:**

Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale

Commissione tecnica paritetica per l'attuazione del federalismo fiscale

Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica

Compiti della Commissione parlamentare di vigilanza sull'anagrafe tributaria

Il c.d. federalismo fiscale si presenta ancora oggi quale un teatro in cui, aperto il sipario, ci si presentano solo incerti fondali; mancando la scenografia non vi sono le scene, mentre gli attori si aggirano come labili fantasmi su un palcoscenico muto.

Scendendo nel merito della critica non è determinata la copertura finanziaria (art. 82 Cost.), mentre per la solidarietà è evidente l'abbandono degli obiettivi e il ritorno a una visione di "solidarietà al sistema" (che aveva caratterizzato la codificazione del '42) dove la Regione debole è debitrice nei confronti della Regione più forte (il comportamento virtuoso). Sussidiarietà e solidarietà perdono la funzione perequativa dovendosi esse (le Regioni più deboli) adeguare a *standard* di efficienza delle altre Regioni.

Anche nella "sussidiarietà fiscale" si pone a scala di riferimento del "riequilibrio" (limitato peraltro a livelli di essenzialità), il "protagonista" cioè lo *standard* di riferimento della Regione che presenti la migliore qualità amministrativa, cui deve adeguarsi la Regione debole, le cui giustificazioni storiche, territoriali, contingenti cedono di fronte alla statistica delle spese. Il che ancora una volta sembra rapportarsi più alla codificazione (certezza e stabilità delle situazioni giuridiche) che alla costituzione (consenso

sociale). Si pensi alla patologia negoziale dove nelle situazioni di annullamento, errore, violenza morale e dolo, prevale il protagonista, modello di esercizio dell'autonomia negoziale, mentre chi subisce è “debole”: malaccorto, pusillanime, ingannato.

Nella formazione della legge-quadro sul federalismo fiscale sono stati prevalentemente prescelti criteri economici-amministrativi e statistico-matematici.

Il che conferma l'evoluzione di criteri paralleli e talora prevalenti all'utilizzo di tecniche giuridiche, coerentemente a quanto precedentemente assunto in tema di “linguaggio”. Il che non facilita certo l'interpretazione tradizionale dei cultori del diritto. Fenomeno aggravato dal ricorso a termini fantasiosi del tutto estranei.

Come vedremo nella sinossi che segue emergono criteri a dir poco extravaganti non compatibili, o di difficile decifrabilità, con qualunque dei sistemi che si vogliano utilizzare, il federalismo giuridico, l'empirismo economico, l'incasellamento statistico-matematico.

### **Solidarietà (art. 2 Cost.) sussidiarietà (art. 3 Cost.)**

#### **Criteri economici-amministrativi**

Responsabilità amministrativa degli Enti

Lealtà istituzionali

Patto di convergenza tra il debito storico e lo **standard**

Trasparenza del prelievo fiscale

Certezza delle risorse e stabilità tendenziali

#### **Criteri statistico-matematici**

Costo del fabbisogno standard quale **indicatore standard** dei fabbisogni essenziali. Livelli **minimi** di soddisfazione rapportati allo standard di una singola Regione

**Flessibilità** del prelievo fiscale

Entrate standardizzate. Spese standardizzate. **Fabbisogno standard.**

**Differenziali** certificate tra spese standard ed entrate

Razionalità e coerenza. Criteri di supervisione.

Fondo perequativo quale computo finale dell'**indicatore** differenziale tra lo standard del fabbisogno e le entrate fiscali

### **Termini extravaganti**

Meccanismi di carattere **premiale**

Comportamenti **virtuosi** ed **efficienti**

**Continenza** nel prelievo fiscale

### **Gli opinionisti e il linguaggio**

**Range:** da criterio obiettivo a parametro soggettivo

**Benchmark** quale indicatore delle spese

Supermento della logica degli **input** a favore degli **output**

### **Conclusioni**

Ma, al di là della terminologia “creativa” adottata dalla legge-quadro sul federalismo fiscale è lo scenario costituzionale che si profila a far rabbrivire.

Ricorrendo ad una metafora è come se lo Stato, protagonista assoluto della vicenda, tenendo ben celate le reali regole del gioco, agisca crudelmente a rimpiantino (o a mosca cieca che dir si voglia) con gli Enti locali, Regioni, Province, Comuni.

Ed agendo ad occhi bendati rischi consapevolmente di calpestare ciò che gli capita a fronte, principi, valori essenziali, ma ciò che più conta “persone”, esseri umani. Allora non sono in gioco stravaganti problematiche di linguaggio, il che potrebbe irritare solo il giurista, ma l'ottica dello scenario costituzionale, accuratamente nascosto dal sipario del conflitto circoscritto tra gli artt. 119 e 97 Cost.; quello che si cela è che il federalismo rischia, così come prospettato, di corrodere i principi fondanti della Costituzione ed i diritti civili che da essi promanano garantendo il

consenso sociale. È tutta l'architettura dello Stato democratico-sociale a venire in discussione: uguaglianza sostanziale, solidarietà e sussidiarietà, tutela della persona e formazione della personalità (artt. 2 e 3 Cost.) e di lì, a cascata, le libertà, i diritti civili, l'istruzione, la sanità, la famiglia; ed anco i rapporti economici costituzionali, dal lavoro, alla casa, agli istituti sociali, alla riserva dei beni pubblici, alla fruizione generale del territorio, dei beni artistico-culturali, del paesaggio. Tutto ciò mercificato nella dubbia procedura del *costo standard* delle prestazioni sociali attraverso "virtuali" indicatori statistici, nella omessa indicazione per la perequazione delle funzioni fondamentali e dell'essenzialità dei servizi pubblici e sociali; nell'assenza "curiosa" di nuovi principi e regole per gli enti locali, cioè del "codice" delle loro autonomie. È tutto il sistema che sembra offrirsi inerme al più forte, nel precario scudo della casualità, relatività e variabilità delle scelte che ne conseguiranno.

E se ciò si rivelasse il volto di un federalismo ferocemente competitivo, malgrado ogni affermato principio di perequazione e solidarietà nazionale?

Sono sospetti che pesano sull'equilibrio complessivo del sistema che si introduce e che, se fondati, porrebbero in crisi lo stesso principio di eliminazione (o attenuazione) delle disuguaglianze territoriali fondato sugli artt. 3, 44, 119 Cost.

Un indicatore (utilizziamo anche noi stavolta questo termine) di quanto affermato emerge nel significato e nella funzione che la legge-quadro sul federalismo fiscale attribuisce alla perequazione. Se ne assume in essa una strategia meramente economicistica tendente al riequilibrio imposto dallo Stato delle spese fra gli enti locali attraverso *standard* di efficienza (artt. 119 e 97 Cost.). Questa collocazione strategica della perequazione (a parte ogni considerazione precedentemente formulata) contraddice del tutto la funzione che la Carta costituzionale ne attribuisce sia nei principi generali che nei rapporti economici costituzionali (nonché anche e non solo per sfumature nei rapporti etico-sociali).

In conclusione riteniamo vadano ribadite e difese le tre strategie fondanti che la Costituzione attribuisce alla perequazione.

La prima possiamo definirla “perequazione-quadro” che si caratterizza nell’impegno dello Stato di rimuovere ostacoli di natura economica che di fatto impediscono la piena realizzazione della personalità sia individuale che nelle formazioni sociali (art. 3 Cost.).

Nella seconda strategia (rapporti economici-costituzionali) il principio si tramuta in azione e quindi nell’impegno in ogni caso di “garantire livelli di vita liberi e dignitosi” del lavoratore (art. 36 Cost. che coinvolge anche il principio di sussidiarietà); nonché nei richiami alla solidarietà interindividuale che emergono nella funzione sociale della proprietà (art. 42 cost.) e negli equi rapporti sociali (art. 44 Cost.), obiettivo essi di un razionale riequilibrio di posizioni soggettive socialmente squilibrate.

Infine (terza strategia) il discorso si fa più pervasivo quando dall’indicatore generale della perequazione si discende allo specifico di beni che per la loro natura vengono ritenuti prioritari nella formazione della personalità del soggetto disagiato (l’accesso all’abitazione, il piccolo affittuario la proprietà coltivatrice, la partecipazione sia pure nominalistica del risparmiatore all’azionariato popolare, art. 47 Cost.).

In questo ultimo punto si concentra il ruolo sussidiario dello Stato. In definitiva, quindi, la perequazione è un principio fondante il consenso sociale nell’obiettivo del riequilibrio delle nuove formazioni sociali; obiettivo in cui la sussidiarietà agisce da pendolo alla solidarietà.

“Non pretendo di aver completamente scoperto il significato  
o che la mia interpretazione non presenti qualche lacuna.  
Potrei dedicargli più tempo, ricavarne altre notizie e discutere gli  
eventuali problemi che potrebbero sorgere.  
Del resto, avrei già localizzato i punti  
da cui si potrebbero sviluppare altre associazioni di pensieri,  
ma le considerazioni che sorgono ogni volta  
che è in gioco un sogno personale  
mi impediscono di proseguire il lavoro di interpretazione.  
E se qualcuno si sentisse tentato di esprimere una frettolosa condanna  
di questa mia reticenza,  
gli consiglierei di provare ad essere più franco di me.  
Per il momento, mi ritengo soddisfatto della mia impresa  
di aver catturato un frammento di una nuova conoscenza.”

SIGMUND FREUD